

publicidade comparativa

Paulo Luiz Durigan

**PUBLICIDADE COMPARATIVA:
INFORMAÇÃO PERSUASIVA
E CONCORRÊNCIA**

Paulo Luiz Durigan

1^a. edição

**2007
edição do autor
Curitiba**

Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência - Edição do Autor – Distribuição gratuita



2007 – Paulo Luiz Durigan

CREATIVE COMMONS

Atribuição – Não a obras derivadas - 2.5 – Brasil

Você pode copiar, distribuir e exibir a obra desde que sob as seguintes condições:

- a) você deve dar crédito ao autor original (atribuir a autoria);
- b) você não poderá editá-la, alterá-la, modificá-la, transformá-la ou criar outra obra com base nesta;
- c) para cada novo uso, distribuição ou divulgação você deverá deixar claro estes termos de licença;
- d) a obra não poderá ser vendida ou utilizada comercialmente.

Essas condições podem ser total ou parcialmente renunciadas através de permissão formal do autor. Esta licença não impede e nem restringe os direitos morais do autor. Preserva-se os demais direitos de uso permitidos pelas leis brasileiras.

Creative Commons Brasil: <http://www.creativecommons.org.br/>

Contato com o autor: paulodurigan@hotmail.com

ISBN 978-85-907151-0-8

Para citação:

DURIGAN, P.L. Publicidade comparativa: informação persuasiva e concorrência. Curitiba, 2007, 268 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdades Integradas Curitiba. Disponível em <<http://www.apriori.com.br/artigos/publicidadecomparativa.pdf>>. Acesso em _____.

Ana, Giuseppe, Joara, Marcelino e Odila,
para.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS	13
2.1	METODOLOGIA E SUAS “CRISES”	14
2.2	DELIMITAÇÃO E PERSPECTIVAS	26
3	ASPECTOS DA ORDEM JURÍDICA DA ECONOMIA	31
3.1	ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL	32
3.2	PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR	39
3.3	LIVRE CONCORRÊNCIA	46
3.4	PROPRIEDADE INTELECTUAL	55
4	PUBLICIDADE	66
4.1	CARACTERÍSTICAS, ELEMENTOS	67
4.2	NATUREZA JURÍDICA, FUNÇÕES	72
4.3	AUTO-REGULAMENTAÇÃO	83
5	PUBLICIDADE COMPARATIVA	94
5.1	BREVE HISTÓRICO	95
5.2	APROXIMAÇÕES TEÓRICAS	99
5.3	CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA NACIONAL E ESTRANGEIRA	115
5.4	PRINCIPIOLOGIA	135
6	CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA	160
6.1	DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA	161
6.2	USO DOS SIGNOS DISTINTIVOS: POSSIBILIDADE	173
7	PUBLICIDADE COMPARATIVA E DIREITOS AUTORAIS	188
8	PUBLICIDADE COMPARATIVA E CONCORRÊNCIA	197
8.1	FALSIDADE	199
8.2	DENIGRAÇÃO	206
8.3	CONFUSÃO	215
8.4	PARASITISMO	222
8.5	PREDAÇÃO	227
9	PUBLICIDADE COMPARATIVA E CONSUMIDOR	229
10	RESPONSABILIDADES E REMÉDIOS	241
11	CONCLUSÕES	247
12	REFERÊNCIAS	253

ABREVIATURAS

CBAP	- Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária
CCB	- Código Civil Brasileiro
CDC	- Código de Defesa do Consumidor
CF	- Constituição brasileira de 1988
CONAR	- Conselho Nacional de Auto-regulamentação Publicitária
LDA	- Lei dos Direitos Autorais (Lei 9610/1998)
LPI	- Lei da Propriedade Industrial (Lei 9279/1996)
RICE	- Regimento Interno do Conselho de Ética do CONAR

RESUMO

Investiga-se a publicidade comparativa com o objetivo de averiguar seus parâmetros legais. Cuida-se, especialmente, de suas vinculações com os direitos do consumidor, com a propriedade industrial e intelectual e com o direito concorrencial. Faz-se uso da principiologia, do direito comparado e de dados da auto-regulamentação publicitária.

Palavras-chave: publicidade comparativa, concorrência, propriedade industrial, direitos autorais, consumidor.

RIASSUNTO

Si studia la pubblicità comparativa con l'obiettivo di verificare i suoi parametri legali. Si presta attenzione, specialmente, ai suoi vincoli con i diritti dei consumatori, alle proprietà industriale, all'autore e al diritto della concorrenza. Si fa uso della principiologia, diritto comparato e dei dati dell'autodisciplina pubblicitaria.

Parole chiave: pubblicità comparativa, concorrenza, proprietà industriale, diritti dall'autore, consumator.

ABSTRACT

The comparative advertising is investigated aiming to ascertain its legal parameters. It is specifically taken care of its commitment with the consumer rights, the industrial and intellectual property, and with the competition law. Principiologia, comparative jurisprudence and advertising self-regulation are used herein.

Keywords: comparative advertising, competition, industrial property, author's rights, consumer.

Os Drs. Carlyle Popp, Gisela Benitez e Márcia Carla Pereira Ribeiro deram indicações construtivas. O Dr. Fábio Tokars, além disso, sugeriu parâmetros e indicou aspectos problemáticos. O Dr. Jair Gevaerd mostrou a possibilidade de elaborar discursos acadêmicos não burocráticos e menos cartesianos, incentivou a imersão na metodologia e em um estudo transdisciplinar. O redator publicitário Marcos César Portes forneceu interessantes dados acerca de sua práxis diária: agradeço, com certo retardo, por ter-me permitido colaborar na elaboração de um seu roteiro. Pela inestimável ajuda com a bibliografia lembro Antonio Fernando Durigan, Edson Carlos Pereira, Joara e José Biba. Giuseppe auxiliou-me no entendimento de expressões da língua alemã.

**Sopinha boa, não é gostosa a sopinha?
Ela vai te fazer bem, vai fazer bem.**

**Adorno,
Mínima moralia**

1 INTRODUÇÃO

Dizer que no mundo contemporâneo a Publicidade tem lugar de destaque é truismo.¹ Sobre ela muito já se fez, muito já se discutiu: seja ela o demônio frankfurtiano da alienação, seja ela o *front* do desenvolvimento capitalista. Voltaram os olhos para a Publicidade, para citar o mínimo, a economia, a lingüística, a psicologia, a sociologia, a filosofia.

No Direito igualmente são abundantes as averiguações. A grande massa de estudos prima por observá-la através dos chamados “direitos do consumidor”. Ou, melhor dizendo, porvê-la pelo que aflige *diretamente* “direitos do consumidor”. Poucas são as investigações, no entanto, no âmbito nacional, que permitam focá-la também pelo aspecto jurídico-comercial. Menos ainda há aqueles que se dedicaram especificadamente a indagar sobre a publicidade comparativa. Na raridade teórica, assim, uma primeira justificativa.

Sim. Mas porquevê-la agora e o que ela traz de interesse?

Há uma plêiade de argumentos que lhe são favoráveis e outros tantos contrários. Além disso, ao passo em que não há, no âmbito da legislação pátria, norma que venha discipliná-la, acenam com restrições alguns regramentos bem dispostos e esmiuçados da propriedade industrial e da concorrência.

Nessas condições, não causa surpresa que as primeiras posições a respeito tenham sido de tomá-la como ilícita.² Mas isso antes de eliminá-la da realidade empresarial, simplesmente a condicionou a um artifício mimético: de impregnar-se no conceito de Publicidade em geral através do uso de fórmulas superlativas, sem indicação explícita do concorrente.

Todavia, se o Estado brasileiro não se pronunciou – mesmo porque, em momento que beira “crise de identidade”, deveria explicar-se sobre a conveniência de sua atuação no mercado -, o mesmo não ocorreu com a atividade privada, a qual se organizou e produziu código próprio auto-regulamentar. E, não há porque negar, a experiência da auto-regulamentação publicitária, no domínio que lhe se pode cobrar resultados, deu-se bem.

¹ O presente texto tem por base a dissertação de mestrado apresentada e aprovada junto às Faculdades Integradas Curitiba, em 2007. No possível a construção literária foi modificada, de forma a excluir excessivas indicações burocráticas-acadêmicas. Nesse “saneamento” procurei, agora, utilizar-me da primeira pessoa.

A auto-regulamentação, não obstante, embora rápida e desburocratizada, não tem poder coativo e tampouco se pode esperar do organismo corporativo a defesa (direta) dos consumidores.

Esse quadro, para bem ou mal, já de algum tempo sinaliza por mudanças. É que o incentivo norte-americano à publicidade comparativa, desde a década de setenta, chegou à União Européia na forma da Diretiva 97/55/CEE, de 23 de outubro de 1997 e se espalhou pelo Mercosul através da Resolução 126/96.

Mas, se a publicidade comparativa, em algumas de suas formas, sempre esteve presente, como se solucionaram os conflitos, de que maneira se portou o Direito frente a esse fato da vida econômica?

Como se disse, a auto-regulamentação supriu a lacuna no campo normativo. Ademais, nas vezes em que o Judiciário foi chamado a pronunciar-se, seguidamente confirmou os preceitos do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária. Ainda assim, dentre as modalidades publicitárias, a mensagem dita comparativa permanece especialmente rotulada, observada e entremeada de cuidados. Está, em nosso país, em um canto da sala sob miríades de olhos.

A estas letras, agora.

É razoável dizer que “aquele” que fala da publicidade comparativa com olhar prioritário na pertinência jurídica, envolve-se com a Publicidade, com o Direito, e, sobretudo, com sua própria (meta)narrativa.³ Mas se for impossível liberar o texto, identificando as amarras desse “sujeito” preso na dinâmica intertextual, será o caso de, pelo excesso, agrupar o maior número de vozes e extrair-lhes os pontos de contato. Justificada a pesquisa bibliográfica, sem, que contudo, tenha pretendido eliminar o conteúdo retórico.

Não se espere que a narrativa – melhor dizendo, a estruturação da pesquisa – siga por uma linha neutra. Na realidade parto de um pensar pré-concebido que acredita que a publicidade comparativa é de interesse do consumidor (pessoa) em razão de (i) lhe trazer mais e, eventualmente, melhores, informações para o ato da compra e (ii) de incrementar a concorrência com a possível consequência da redução de preços. Essas premissas levam, agora, neste início, a imaginar que a decisão que autorizar o uso da publicidade comparativa está conforme as normas constitucionais,

² Não somente no Brasil: veja Gianpiero COCCIA (2004).

³ Assim: “um livro não tem objeto nem sujeito; é feito de matérias diferentemente formadas, de datas e velocidades muito diferentes. Desde que se atribui um livro a um sujeito, negligencia-se este trabalho das matérias e a exterioridade de suas correlações” (DELEUZE, 2002, p. 12).

devendo inclusive sobrelevar-se eventual denigração⁴ derivada de apresentar e divulgar marca ou nome do concorrente. Não obstante, esta menção não é aviso de que vai se cuidar simplesmente de testar a hipótese: adverte-se apenas de uma intenção (pré-conceito) que dirige sorrateiramente o estudo.

Assim, tentarei superar os entraves a uma aplicação plena dessa modalidade, inicialmente esquartejando-a, acertando conceitos, e indicando elementos para reconstrução. Arriscar-me-ei, na seqüência, a ver a tensão que lateja entre os princípios que regem a atividade publicitária para sugerir, ao final, os limites lícitos. Quando assim o fizer, planejo elucidá-los com casos trazidos da auto-regulamentação e da jurisprudência.

As linhas mestras, enfim, que irão amparar a investigação estão delineadas pelo seu próprio título.

⁴ Porque denigração e não denegrição? Marco Antonio Marcondes PEREIRA (2001) utiliza, como aqui, o primeiro enunciado. Mas os dois vocábulos, ao que se viu, tem o mesmo significado, de forma que não se faz necessário sustentar o uso exclusivo de uma das formas. Por razões meramente estéticas e, em homenagem a PEREIRA, utiliza-se aqui a primeira. Pode-se acrescentar que denegrição aproxima-se mais de “escurecimento” ou de “negro”, conotação que pode ser evitada com denigração.

2. PRESSUPOSTOS METODOLÓGICOS

Evidentemente, seja qual for a forma investigatória, opera-se por cortes, quebras, seleções, aproximações ou mesmo dispersões, incentivos e promoções.⁵

Há, a seguir, um mínimo levantamento sobre tais condições da pesquisa: primeiro, a “crise” metodológica e alguns aportes; depois, as soluções que o presente estudo quis adotar.

Como sistemática, preferi adentrar ao aspecto da “crise” transcrevendo uma análise paradigma. Depois, e a partir dela, são indicados, com vias a enriquecimento, outros entendimentos.

Ao final, pronuncio-me, escolhendo, acolhendo, rejeitando e justificando os pilares que lhe servirão de sustento.

⁵ Isso, como diz humoristicamente Olavo de CARVALHO, talvez faça parte do “desejo egolátrico de impor preferências”, inerente a todo aquele que inicia um discurso (SCHOPENHAUER, 1997, p. 17). Mas, a se ouvir DERRIDA (1973), há mais ainda: fica-se sob a influência do universo de textos nas cercanias e da influência ou contingência destes na escolha, formação e criação de outros.

2.1 METODOLOGIA E SUAS ‘CRISES’

§ 2.1.1 Crise metodológica e superação em Jair GEVAERD

O noticiário fala de um certo colapso dos métodos e concepções tradicionais de tratar e conceber o Direito.⁶

A notícia da ‘crise’ é também um convite à resolução – ou, quem sabe, esses termos estejam mutuamente enredados. Segundo Jair GEVAERD (2001, p. 139-149), por exemplo, a extensão dela comportaria a ontologia, deontologia e metodologia.⁷ Assim, *ao e por* diagnosticá-la, GEVAERD quer saná-la através de uma parafernália instrumental que inclui a tríade peirceniana, a principiologia, tópica, dialógica e mais, tudo assentado sobre uma base filosófica de origem apel-gadameriana e orientado na direção do pragmatismo funcionalista.

Retenha-se um pouco a leitura neste ponto. É que nos capítulos posteriores o texto estará concentrado na análise de institutos legais e daí partirá para indicar os limites legais do objeto estudado. Mas uma viagem assim, tão repentina, nada esconde além na noticiada e pré-concebida “utilidade” incluída na Introdução? Veremos que há mais submerso. Paciência.

Retornemos a Jair GEVAERD. Ele enfrenta as citadas ‘crises’ partindo da consideração do Direito como objeto cultural, prevendo que seja cognoscível pela teoria da comunicação via integração de planos semióticos (sintática, semântica e pragmática). De uma concepção de justiça como equilíbrio e de um Direito destinado

⁶ Mas a movimentação no interior do Direito é provável consequência. Consequência de vetores tais como o “giro linguístico-pragmático”, expressão que significa a “virada” filosófica em direção da linguagem, a qual passa de “objeto da reflexão filosófica para a esfera dos fundamentos de todo o pensar” (OLIVEIRA, 1996, p. 12). São passos que devem principalmente a NIETZSCHE, HEIDEGGER e WITTGENSTEIN.

⁷ A primeira crise, ontológica, cruzaria três concepções (em brevíssimo resumo): (i) Direito como ordem ou comando, oriundo do *summa potestas*, relacionado ao: contratualismo; (ii) Direito como sentido puro, *mens legis*, *mens legislatoris*, relacionado ao historicismo; e (iii) Direito como produto elaborado do Estado moderno (norma), relacionado ao cientificismo positivista. À segunda, de ordem deontológica, também corresponderia a um triplo modo de conceber o Direito: (i)a partir do jusnaturalismo humanista; (ii) a partir do jusnaturalismo sociológico; e (iii) a partir do Estado unicista (positivismo). Por fim, a crise metodológica perpassaria outros três modelos: (i) Direito como *lex* codificada e não como *jus*, encontrado na Escola da exegese e seu axioma: *in claris cessat interpretatio*; (ii) Direito como sentido, da Jurisprudência dos valores e interesses e Escola do Direito Livre (*frei Rechtshule*); e (iii) Direito como *Führernorm* dos sistemas fechados (GEVAERD, 2001, p. 139-149). Além da obra indicada, há anotações de aula.

a resolver casos concretos, segue para o que denomina “perspectiva pragmático-funcionalista” (que opõe, em ordem evolucionária, à “negação totalitarista” e ao “reducionismo utilitarista”), para, enfim, valorizar a eficácia jurídica comprometida com “a garantia de funcionamento da sociedade”. Além disso, de um sistema jurídico aceito como aberto, móvel e amplo, mune-se da principiologia, aliando-a a um “vetor interpretativo da função” a ser localizado junto ao ramo de Direito sob estudo (GEVAERD, 2001, p. 142-147).⁸

As formas de representação da justiça através da história, diz GEVAERD, podem ser reduzidas a duas: justiça como promoção, manutenção ou restituição (i) da ordem ou (ii) do equilíbrio. A justiça como ordem, afirma, pressupõe elementos *a priori*, a assegurar a ordem prévia, estratificada em forma piramidal, na qual os princípios e outras fontes têm valência apenas integrativa. Sua legitimação estaria no acerto, “independentemente do resultado efetivo da prestação”. Ao reverso, a justiça como equilíbrio opera tanto elementos *a priori* (*lex*) como *a posteriori* (*ius*). Em concepção aberta, tem figuração elíptica na qual os princípios e fontes “gozam de autorização retórica e argumentativa, com valência primária”. Sua legitimação estaria na tentativa, estando o acerto vinculado pelos resultados efetivos da prestação (GEVAERD, 2001 p. 165).

Mas como optar (e operar) metodologicamente entre ordem e equilíbrio? GEVAERD exige uma condição: seja a resposta detectada na própria ordem jurídica a operar, pela busca de um sentido dominante no senso comum teórico. A ordem Constitucional, por exemplo, estaria propensa (como sentido dominante), à recomposição da ordem, enquanto no Direito Civil prepondera a promoção do equilíbrio. Pode-se objetar, primeiro, que essas formas de classificar a justiça nunca ocorram puras ou que ao promover o equilíbrio ocorre a restituição de uma certa ordem; e ao recompor a ordem, ao menos no aspecto estrutural o equilíbrio estará satisfeito. Essas objeções, entretanto, não são afastadas, mas aceitas e assimiladas: equilíbrio e ordem seriam duas faces de uma mesma moeda e se ressolveriam em síntese dialética.

⁸ As ‘crises’ também fazem parte das preocupações de Antônio Menezes CORDEIRO, que as denomina de “os dilemas da ciência do Direito no final do século XX” e que, ao seu lado, pretende combater através (i) da definição do Direito como realidade cultural, (ii) da destinação do Direito a resolver casos concretos e (iii) do acesso via substantivação da linguagem, de um novo pensamento sistemático e do combate ao “irrealismo metodológico” (CANARIS, 1996, p. IX-CRIV).

Mais do que a solução, o que se vê de importante aqui, enquanto passo metodológico? A abertura do sistema, pelo ingresso de *topoi* (consenso), introduzindo a tópica e a teoria da argumentação.⁹

Adiante. De acordo com a Teoria Pura do Direito, "proposições jurídicas são juízos hipotéticos que enunciam ou traduzem que, de conformidade com o sentido de uma ordem jurídica - nacional ou internacional - dada ao conhecimento jurídico, sob certas condições ou pressupostos fixados por esse ordenamento, devem intervir certas consequências pelo mesmo ordenamento determinadas" (KELSEN, 2000, p. 80). Para GEVAERD, entretanto, antes de ser uma cadeia encadeada de axiomas, o Direito é fruto do atuar humano, e como tal, é *objeto cultural* que se conserva e se transmite. É, ademais, jogo discursivo, como as demais práticas sociais, comunicando-se através de sistemas de signos.

Exemplifica-se. GEVAERD toma o Direito como comunicação do Direito e tenciona manejá-lo através da tríade de PEIRCE (sintática, pragmática e semântica),¹⁰ embora ressalte que o fará "sempre em perspectiva de integração".¹¹

Pergunte-se, agora, quais as razões da adoção dessas ferramentas pelo doutrinador citado (um mero exemplo). É que GEVAERD, funcionalista, pretende livrar-se do dilema deontológico do Direito,¹² dando-o como resolvido "no horizonte semântico e pré-pragmático de cada definição jurídica". Eis, então, porque insistentemente, pede auxílio a GADAMER (que, como sabemos, ontologizou a hermenêutica), para sustentar a "integração" de níveis que diz ocorrer quando da

⁹ Repare – antes - que o consenso, em termos gadamerianos extrapola a noção das ciências sociais: é algo que precede e constitui o ser.

¹⁰ Vejamos o que tais níveis significam. A Sintática trata da conexão dos signos entre si, interessando-se pelas regras de formação. Um enunciado que não é sinteticamente bem formado não tem sentido (não é válido). Assim, no âmbito jurídico, para GEVAERD, a sintática predica "as relações entre os diversos signos, reputando-as lícitas ou toleráveis". A Semântica cuida da relação entre os signos e os objetos designados (denotados). Assim, um enunciado é significativo na forma semântica se puder ser verificável (empiricamente). A semântica que, diz GEVAERD, coincide com as possibilidades comunicativas extraídas do signo, "expressa a forma de pensar o Direito ou agir segundo ele". A Pragmática se ocupa da relação entre os signos e os sujeitos (emissor e receptor), seu uso. Vale aqui o contexto comunicacional. Este nível, afirma GEVAERD (2001, p. 40-41), é "determinado pelas inelutáveis relações de poder efetivamente ocorrentes no meio social – sintaticamente toleradas ou não – coincide com o momento da efetividade e da definição da integração entre planos". Note a importância dada ao nível pragmático, integrando os outros níveis – talvez, melhor, sintetizando-os dialeticamente. Em § 7.1, em nota de rodapé, há um pequeno ensaio sobre o tema.

¹¹ Eis, novamente, a vertente gadameriana se impondo. Veja, especialmente, GEVAERD, 2001, p. 37-44.

¹² Eis os dilemas, incluindo o deontológico: "O que, de fato, é o Direito? Por quais razões deve-se conduzir de acordo com o Direito? E, por fim, quais as condições para conhecê-lo?". Aqui a citação refere-se a anotações de aula.

decisão jurídica (o que também tem sustentáculo em APEL). A tópica será o cimento que, a um só tempo, agrava os tijolos lógicos e alinhava as eventuais imperfeições.

Foi citada, linhas atrás, a Teoria Pura. Na versão kelseniana o Direito é um sistema em forma piramidal, fechado, aprisionado pela lógica dedutiva das matemáticas.¹³ Sistema, então, no qual unidade e ordem conformam sua coerência e permitem operações lógicas, retóricas e argumentativas.¹⁴ Como foi superada essa noção tradicional?

Para GEVAERD (2001, p. 173), “a noção de sistema, se for adequadamente (i) ampla, (ii) móvel¹⁵ e (iii) aberta¹⁶, permite a comunicação da dinamicidade dos fenômenos da vida, entre os quais o Direito figura em posição de destaque”. Veja: se o Direito não contém somente normas, mas também valores (sistema teleológico-axiológico), sua unidade de sentido é dada por estes, que estão “fora do âmbito da lógica formal” (CANARIS, 1996, p. 31-32).¹⁷ E não somente fora desse âmbito como

¹³ Para Antonio Menezes CORDEIRO “a idéia de sistema é (...) a base de qualquer discurso científico, em Direito”. Isto porque haveria uma necessidade mínima de (i) racionalidade na dogmática, (ii) identificação das instituições com sistemas de ações e de interações, (iii) do próprio direito como um sistema de comunicações, (iv) o apoio sociológico da estruturação jurídica, (v) o tipo de pensamento dos juristas e (vi) a necessidade do Direito utilizar uma linguagem inteligível e redutora, “sob pena de inabarcável complexidade” (CANARIS, 1996, p. LXV-LXVI). A citação está na introdução à edição portuguesa. No mesmo sentido o próprio CANARIS (1996, p. 18-23), para quem a idéia do sistema jurídico vincula-se ao princípio da justiça, da igualdade e na tendência para a generalização. E, igualmente quando cita SAUER: “Apenas o sistema garante o conhecimento, garante a cultura. Apenas no sistema é possível verdadeiro conhecimento, verdadeiro saber.” H.J. WOLFF: “A Ciência do Direito é sistemática ou não existe” (1996, p. 5). Essas posições não devem ser tidas como definitivas, entretanto. As concepções de DELEUZE e GUATARI (2002, p. 15-25) acerca do paradigma rizomático, depõem definitivamente contra elas. Sem cair em decantado erro antropomórfico, mas apenas como refutação, é de dizer que na natureza há fractais e não retas. É verdade, entretanto, que ainda não se lançaram os marcos teóricos para a apropriação de tal paradigma nos limites da ciência jurídica.. Porém, não se trata, todavia, de tediosa e gratuita importação de tagarelice acadêmica. Basta ver, por exemplo, Boaventura de Sousa SANTOS (2001, p. 79) e sua orientação para que se aceite “um nível de caos decorrente da negligência relativa do conhecimento-regulação”. Acrescente-se que embora seja possível dizer que a problemática tópica seja assistemática, esse ponto de vista estaria limitado aos “sistemas dedutivos” e não a todo e qualquer sistema, podendo até mesmo se aceitar um “sistema tópico” (?), conforme afirma o próprio VIEHWEG (apud CANARIS, 1996, p. 243). Adicione-se, por fim, que alguns, como Neusa Demartini GOMES (2003, p. 11-12) acreditam que também a Publicidade faz parte de um “sistema publicitário”, sendo que deste, aliás, decorreriam dois subsistemas: o “processo de planejamento” e o “processo de comunicação”.

¹⁴ “Há duas características que emergiram em todas as definições: a da ordenação e a da unidade” (CANARIS, 1996, p. 12).

¹⁵ A mobilidade “significa a igualdade fundamental de categoria e a mútua substituibilidade dos critérios adequados de justiça, com a renúncia simultânea à formação de previsões normativas fechadas”. O sistema móvel estaria entre as previsões normativas rígidas e as cláusulas gerais (CANARIS, 1996, p. 281-282).

¹⁶ A abertura tem a ver com a incompletude do conhecimento científico e a mutabilidade dos valores jurídicos fundamentais (CANARIS, 1996, p. 281).

¹⁷ Também citado in GEVAERD, 2001, p.182. Daí que os sistemas, como o de KELSEN, ditos “puros”, seriam impróprios para traduzir “a unidade interior e a adequação de uma ordem jurídica” (CANARIS, 1996, p. 27).

também em uma “ordem jurídica extralegal” (GEVAERD, 2001, p.196), “pois muitos dos princípios e valores fundamentais não estariam apoiados na lei, mas seriam, antes, inspirados por ela”. E o que mais dificultaria, princípios tais que não se deixariam extravasar facilmente, dependentes de uma ordem histórica tal regulada pela situação do direito legislado e da “consciência jurídica geral” (GEVAERD, 2001, p. 204-205). Certamente, se assim for, os atributos do sistema jurídico residem na amplitude, na mobilidade e na abertura.¹⁸

É a noção de sistema que permite, segundo GEVAERD, filtrar os elementos (lógicos, retóricos e argumentativos) trazidos para o âmbito da decisão.¹⁹ É a

¹⁸ Judith MARTINS-COSTA (2000, p. 275), por seu turno, aceitando que a expressão “sistema aberto” (ou de auto-referência relativa) constitui-se uma *contradictio in terminis*, na medida em que abertura implicaria assistematização , prefere que assim defini-lo: “modelo de sistema que, embora guardando as propriedades fundamentais da reunião dos elementos que o compõem, da relação ordenada entre estes (e daí a idéia de ordem) e unidade entre os elementos – e não a mera justaposição, porque os elementos supõem uma certa identidade, caracterizada em especial sob o aspecto da não-identidade com o que está fora do sistema -, permite a contínua absorção dos dados e elementos que estão às suas margens, promovendo, em relação a estes, uma permanente ressistematização”. Na verdade a doutrinadora trata da corrente de pensamento que define a teia social como um “sistema autopoiético”, no qual cada componente participaria da produção ou transformação dos demais elementos: enfim, um sistema que produz e ao mesmo tempo é produzido. A ênfase desse pensar reside na autonomia: um sistema autopoiético será autolimitador, autogerador e autoperpetuador. Até mesmo por isso, as relações com os demais sistemas serão consideradas como “ruídos”. A crítica estaria em que embora um sistema autopoiético possa ser, de certa forma, “aberto”, já que admite *inputs* externos, em um sistema aberto a interferência de elementos externos é intrínseca ao próprio conceito e não um acidente. Ou seja, o fato de um sistema ser aberto “significa não apenas que ele se empenha em intercambiar com o meio, mas também que esse intercâmbio é um fator essencial, que lhe sustenta a viabilidade, a capacidade reprodutiva ou a continuidade e a capacidade de mudar”. Não é, então, o caso do sistema autopoiético (BUCKLEY, 1996, p. 81). Segundo Judith MARTINS-COSTA (2000, p. 28), levando em conta afirmações de LUHMANN, “um sistema autopoiético é ‘fechado’ porque não há entradas (*inputs*) ou saídas (*outputs*) para o meio ambiente onde situado, mas é ‘fechado’ apenas do ponto de vista de sua organização, uma vez que os elementos componentes do sistema interagem através do meio: globalmente visualizado o ambiente social como ‘sistema’, considera-se que aí situam diversos sub-sistemas, ou ‘sistemas funcionais’ (entre os quais o jurídico), que operam como ‘meios’, uns em relação aos outros”.

¹⁹ Como se atualiza um sistema com tais características (móvel, amplo e aberto)? A atualização está na capacidade em reconhecer problemas e de responder a eles. O sistema será tão capaz de atualizar-se quanto for flexível sua estrutura. Um sistema de regras oferece melhor controle, mas é menos flexível. Um sistema de princípios seria por demais elástico, com risco da perda da percepção da unidade interna. Assim, um modelo que seja capaz de atuar tanto com regras e princípios permitirá ajustar “a tensão contínua entre os valores da permanência e da mudança, da previsão e da surpresa, do controle e da resistência, sem se quebrar” e “sem se esgarçar, como seria o certo com um modelo de sistema normativo formado apenas por princípios”. Em que momento se dá essa atualização? Pode-se dizer que o sistema jurídico está em constante atualização. Mas há um clímax onde ocorre um ajuste de forças. É que o ordenamento jurídico está *in potencia* enquanto não enfrenta os problemas jurídicos – nunca em ato. É o problema, o conflito, que exige a fixação do sentido através da interpretação (TURA, 2005). Daí o termo “concreção”, que passa “pela interpretação do ordenamento em potência e dos conflitos em latência” e vai até a decisão, momento em que o ordenamento gira, movimenta-se, atua, modifica, realiza-se. Disto pode-se dizer que o Direito vigente é a “totalidade do sentido das proposições jurídicas ‘concretizadas” (LARENZ apud GEVAERD, 2001, p. 185).

figuração de sistema (aberto, móvel, amplo) que permite a integração da principiologia e da jurisprudência.

Mas essa abertura cobrará de GEVAERD um “realinhamento” interno. Esse realinhamento será obtido através de algumas noções: (i) da “ordem jurídica extralegal”, que leva a principiologia a considerar “a idéia de direito”, a “natureza das coisas”, a “consciência jurídica geral” e uma “ordem jurídica imanente”; e (ii) pela criação de um *constructo*, o “instituto” (ex: família, propriedade, contrato), que seria dado ao legislador. Por fim, novamente com GADAMER, exige-se um intérprete historicamente situado e preso à fundamentação.²⁰

§ 2.1.2 Enriquecendo a análise

As análises de Jair GEVAERD foram tomadas como exemplo de diagnóstico e superação das intituladas “crises” no Direito.

O que se viu, inicialmente, é a exigência de uma abertura nos modos de ver, entender, elaborar e agir conforme o Direito. E, se as soluções, via de regra, seguem o rumo das pesquisas lingüísticas, por consequência abrem espaço para a assimilação de concepções tais como (i) a semiologia de SAUSSURE, (ii) a semiótica e tríade discursiva de PEIRCE, (iii) a linguagem ordinária e teoria dos jogos da linguagem de WITTGENSTEIN, (iv) a linguagem ordinária e teoria dos atos de fala de AUSTIN e SEARLE, (v) as hermenêuticas de GADAMER, APEL, HABERMAS e RICOEUR e (vi) a pragmática discursiva de FOUCAULT.²¹

A metodologia jurídica passa a ser, então, revitalizada, alimentando-se de diversas fontes.

Mas, a se ver o caso citado, a centralização em textos de APEL e GADAMER, por vezes descuida de atentar que a própria linguagem tem uma função normativa intrínseca própria, “exclusiva includente”. Como assim? Se no discurso do Direito está implícita sua transgressão (por exemplo, a norma que proíbe o homicídio o aceita como existente), a linguagem “só adquire o poder de denotar um segmento de realidade na medida em que tem também um sentido na sua não-denotação (isto é, como *langue* distinta da *parole*)”. Em outras palavras, “a linguagem pressupõe o não-

²⁰ Ver, especialmente, GEVAERD, 2001, p. 204-205.

²¹ A respeito, especialmente, DELEUZE, 1998.

lingüístico como aquilo com que deve poder manter-se em relação virtual (...) para o poder depois denotar no discurso em ato, também a lei pressupõe o não-jurídico (...) como aquilo com que ela se mantém em relação potencial no estado de exceção". Assim, com AGAMBEN (1998, p. 28-30), é possível concluir que "a estrutura particular do Direito tem o seu fundamento nesta estrutura de pressuposição própria da linguagem humana", que "essa estrutura exprime o vínculo de exclusão inclusiva a que está sujeita uma coisa pelo fato de ser linguagem, de ser nomeada".²²

FOUCAULT, de outra vista, dirá que o Direito perfaz-se através de uma gestão (gerenciamento, redistribuição) de um conjunto de táticas. Por ser gestão, ele nem reprime e de fato nem interdita, mas incita e *produz*. Mas por ser gestão, ele incita e produz em uma direção preponderante (por isso mesmo há uma tolerância consentida). Também por este motivo, ele colocaria sempre o sujeito em um "local", um local "estratégico" (assim móvel, não-definitivo, já que é impossível, e nem mesmo interessante para os fins da gestão, gerir em todos os aspectos as individualidades). Pode-se falar, então, da estratégia de um *jogo discursivo do Direito*, orientado para (a circulação de) homens e coisas. Também nesse sentido o Direito é funcional. E também nesse sentido pode-se falar, em uma reduplicação de instâncias, na existência de um modo-de-produção²³ do Direito.

Como se vê, em AGAMBEN e em FOUCAULT há ênfase em uma certa *produção de sentido*: isso nos remete para os perímetros cuidados pela hermenêutica. Seguiremos com ela, então, mais um pouco, agora com RICOEUR e MÜLLER.

RICOEUR (1996, p. 92-93) acredita que o nosso pertencimento à história não exclui a possibilidade do saber. A consciência desse pertencimento, ao contrário, abriria a possibilidade do distanciamento. Mas ao custo de um saber parcial, fragmentário, insular – em uma palavra – através de perspectivas.²⁴

Sua solução parte "de uma elaboração da *noção de texto*, pois é ela que produz o distanciamento necessário à noção de objetividade, mas no interior da historicidade da experiência humana". RICOUER (1990, p. 51-52), então, organiza a problemática

²². Quer-se demonstrar que o caminho de ida (norma como linguagem) é consentâneo com o do retorno (linguagem como norma).

²³ Sobre o conceito de modo-de-produção veja, de modo especial, GEBRAN, 1978 e SWEEZY, 1976.

²⁴ A posição de RICOUER, no aspecto específico da possibilidade de saber via distanciamento histórico, é contrária à de GADAMER. No entanto, o seu pensamento, como um todo, procura situar-se em local intermediário a HABERMAS e GADAMER. Repare, aliás, que GEVAERD constantemente faz uso do enunciado "perspectiva".

em torno de cinco temas: a efetuação da linguagem como discurso, a efetuação do discurso como obra estruturada, a relação da fala com a escrita no discurso, a obra do discurso como projeção de um mundo, o discurso e a obra do discurso como mediação da compreensão de si. Tomemos a noção de obra. O discurso, que é produzido e trabalhado, é obra, objeto de uma *techne*. Se o discurso é efetuado como evento mas compreendido como sentido, a noção de obra media, na prática, a irracionalidade do evento e a racionalidade do sentido. Apreender uma obra como evento seria captar a relação entre a situação e o projeto no processo de reestruturação. Assim, a objetivação do discurso na obra e o caráter estrutural da composição, levam a crer que “a explicação é o caminho obrigatório para a compreensão” E conclui: “a interpretação é a réplica desse distanciamento fundamental constituído pela objetivação do homem em suas obras de discurso, comparáveis à sua objetivação nos produtos de seu trabalho e de sua arte”.²⁵

Por fim, considerando que a consciência hermenêutica está voltada “para um consenso que nos precede” (está-aí), a consciência crítica antecipa o ideal da comunicação sem limite e sem entrave. Disto a conclusão: “é a tarefa da reflexão filosófica colocar ao abrigo das oposições enganadoras o interesse pela emancipação das heranças culturais recebidas do passado e o interesse pelas projeções futuristas de uma humanidade libertada” (RICOEUR, 1990, p. 145-146).²⁶

Em sentido semelhante, Friedrich MÜLLER repousa sua “Teoria Estruturante” sobre a idéia fundamental de que a norma jurídica não se identifica com o texto-de-norma (texto de lei, texto da Constituição, ou o próprio texto da prescrição costumeira), mas que ela é o resultado de um trabalho, *no sentido econômico*, produtivo do termo,²⁷ trabalho de extração da norma a partir do material bruto dos textos: trabalho de construção. Para a Teoria Estruturante é absurdo pensar que a norma pré-existe ao trabalho do jurista (o trabalhador do Direito), da mesma forma como seria inútil pensar que a casa já faria parte do projeto do arquiteto (MÜLLER, 1996, p. 14).²⁸ A norma deve ser formulada para o caso concreto a partir de um

²⁵ Também Hilton JAPIASSU, no prefácio da mesma obra (RICOEUR, 1990, p. 11).

²⁶ Não se irá além, aqui. Mas a condensação do pensamento de RICOEUR pode tê-lo tornado incompreensível. Recomenda-se a leitura de “Interpretação e Ideologias”.

²⁷ Essa conotação, como assinala o tradutor brasileiro, é dada pela palavra *Leistung*, utilizada em vez de *Arbeit*. Ver MÜLLER, 1995, p. 15.

²⁸ MÜLLER, aliás, como se vê de observação na obra, emprega o termo “*chantier*” (canteiro de obras), com o que se vislumbra que a Teoria Estruturante não é dada uma vez por todas, completada e pronta a ser empregada. Em outras palavras, não é uma teoria de justificação do Direito, mas de sua produção. O “trabalhador do direito” - outro enunciado típico de MÜLLER - , por analogia, seria

trabalho sobre os textos, de uma parte, isto é, sobre os dados lingüísticos (*Sprachdaten*) e de um *trabalho sobre os dados factuais*, reais (*Realdaten*).²⁹ Esse duplo trabalho mostra a estrutura da norma imersa em um *programa normativo* (resultado do trabalho de interpretação) e um *campo normativo* (resultado de um trabalho de análise do segmento da realidade concernente). Nesse sentido, defende, pode-se dizer que se concebe a norma como “*modelo de ordem factualmente condicionada*”. Nestas condições, a *normatividade é uma qualidade dinâmica da norma, adstrita à sua relação com a realidade*: a norma ordenará uma realidade ao mesmo tempo em que é, parcialmente, determinada por ela. Mas ainda que determinada, condicionada, impregnada pela realidade concreta que ela ordena, a norma não é “*absorvida dentro do dado concreto*”, mas contém também, como modelo de ordem, um momento programático relacionado à interpretação dos textos (MÜLLER, 1996, p.15-16). A partir de análise da jurisprudência da Corte alemã, MÜLLER constata que, no processo de decisão, o segmento da realidade social concernente à discussão (*campo factual*) fornece argumentos tão decisivos e motivadores da solução do caso, que há, na verdade, uma co-participação desses elementos de fato.³⁰ Assim, por exemplo, a “*natureza das coisas*” acaba não se comportando como critério de verdade, mas como um *artifício* para que sejam considerados os dados sociais reais que formam o contexto do caso típico a resolver. No fundo a “*natureza das coisas*” não seria mais que um *slogan* mutável, desprovido de funções, a ser apreciado segundo procedimentos variáveis. É que nos julgamentos

então antes o peão de obra, o carpinteiro, o pedreiro, que propriamente o arquiteto ou o engenheiro. Poderíamos ir mais longe nessa analogia, a ser ver o fato de que, via de regra, é negado ao trabalhador (braçal, principalmente) o acesso à obra concluída.

²⁹ Não se crê haver incompatibilidade do pensamento de MÜLLER, no seu todo, e a Teoria dos Princípios: ora, no sentido em que friso, estes não são apriorísticos, mas “descobertos” através do ordenamento pela contingência do enfrentamento do caso concreto, de forma que e a decisão também é tomada como um processo de “construção”. A “descoberta” de princípios é, assim, um processo hermenêutico. Repare que o próprio GADAMER (1997, p. 88) afirma, em sentido muito próximo ao de MÜLLER, que “nosso saber acerca do direito e dos costumes sempre será complementado a partir de cada caso particular, sim, será até mesmo determinado produtivamente”. Judith MARTINS-COSTA (2000, p. 276), por sua vez, referindo aos códigos, comenta acerca do “mito da identidade entre a norma e seu texto”.

³⁰ É de certa forma o mesmo que afirma Theodor VIEHWEG ao dizer que “o problema toma e conserva a primazia”. Respeite-se que VIEHWEG (1979, p. 98-99) prefere “proposições diretivas” ou “topoi” a princípios. Judith MARTINS-COSTA (2000, p. 270), a seu lado, afirma que “os fatos se encarregaram de provar que o direito nunca esteve exatamente encerrado nos códigos, e a jurisprudência nunca se reduziu a uma mera exegese”, tendo sido, ademais, descoberto que “o próprio raciocínio subsuntivo não dispensa um certo grau de criação, abalando-se, com isso, a pretensa exatidão desse método hermenêutico”. Em sentido oposto, a crítica de LARENZ (1997, p.183): “Da estrutura material das relações de vida não se podem inferir quaisquer consequências para a regulação e para a decisão concreta de um problema de regulação. No entanto, é isso precisamente o que pretende Friedrich MÜLLER”.

o juiz não se coloca a questão de saber o que “é” uma norma, mas antes sobre as condições práticas de realização do Direito. Dessa forma o atributo “normativo”, no sentido pleno do termo, envolve tudo o que orienta para a solução do caso (MÜLLER, 1996, p. 14-62).

§ 2.1.3 A principiologia

Falou-se até aqui sobre o Direito como sistema (aberto, móvel, amplo), sobre o texto e a construção de sentido, e sobre a normatividade, como qualidade dinâmica da norma (ordenamento e adstrição aos fatos).

Se a norma necessita ser construída diante de cada caso concreto e se os fatos têm tal papel preponderante – como afirma MÜLLER -, devemos obter condições para que o “mundo da vida” venha, de alguma forma, integrar a decisão, o que pode ser realizado, como também crê GEVAERD, através da principiologia. Não deixa de ser, aliás, essa a orientação de LARENZ (1997, p. 191): “onde quer que a jurisprudência transcendia os quadros traçados pela lei, apelará necessariamente a ‘pensamentos jurídicos gerais’ ou ‘princípios’ que retira ou pretende retirar da própria lei”.

Mas se tanto um ordenamento kelseniano, burocratizado, já não é mais aceitável, um ordenamento composto apenas de princípios seria altamente imprevisível. O diálogo com a realidade, considerando os aspectos de ordem e equilíbrio, então melhor se procederia através de modelo que considere princípios e regras.

Porém, mesmo assim, quais seriam as características dos princípios? Naturalmente, elas variam de acordo com o objeto a ser enfrentado. Veja-se o caso dos princípios mercantis societários. Seriam: (i) incontáveis, (ii) mutantes: segundo as mudanças de perspectiva de enfoque, (iii) móveis: segundo movimento diafragmático de relaxamento ou tensão, (iv) interdependentes: sujeitos à complementaridade, integração, à máxima permeabilidade, (v) ambivalentes quanto à direção do caminho de sua formulação (GEVAERD, 2001, p. 281-282).³¹

³¹ Esses seriam os atributos, mas quais seriam eles? Alguns, em tom exemplificativo, retirados da obra citada: princípios da funcionalidade e incorporação (da escassez e necessidade, da eficiência, lucratividade e risco, da licitude, do aporte, da identidade do patrimônio incorporado, da veracidade do nome social, da *affectio societatis*, da causa, da suficiência patrimonial, da intangibilidade do

Operáveis, portanto, e perfeitamente identificáveis com um sistema aberto, os princípios são como a *polpa* do sistema. Além de condensarem valores de um momento histórico, dão unidade ao sistema jurídico e condicionam o trabalho interpretativo. Não a ponto de endurecê-lo, não a ponto de liquefazê-lo: mas o elemento informe que o sustenta e o mantém.

Importa distingui-los. Não correspondem, diz Marco Antonio Ribeiro TURA (2005) a axiomas, tomados estes como fórmulas lógicas auto-evidentes, que necessitam de comprovação. Não são postulados, continua, pois não são condições de possibilidade de conhecimento de determinado objeto. E também não são critérios, a dizer respeito às condições de aplicabilidade das normas. Princípios, finaliza TURA, diferem de valores: têm caráter deontológico, e, como tal, cabem por serem devidos enquanto aqueles são observados por serem melhores.

Diferem também das regras. Os princípios não estão aparentes, mas são “descobertos” através do ordenamento.³² Embora as normas possam ter textura aberta, elas têm uma aplicação precisa e determinada, enquanto que dos princípios não se pode tecer enumeração prévia. Princípios são sempre válidos, ao contrário das normas.

Entre as regras os conflitos se resolvem no âmbito da validade, através de um juízo de exclusão que considera critérios lógicos, cronológicos e topológicos. A colisão entre os princípios é resolvida via ponderação. E é justamente esse jogo de ponderação que faz demonstrar que o princípio é sempre relacional às regras, ao caso e aos outros princípios (TURA, 2005).

É bom deixar claro, no entanto, que essa é apenas uma das formas de ver a principiologia. Marcelo Campos GALUPPO (1999, p. 191-209), por exemplo, afirma serem três as correntes doutrinárias que discutem acerca da natureza dos princípios. A primeira os identifica com normas gerais ou generalíssimas de um sistema (DEL VECCHIO, BOBBIO). Uma segunda, defendida por ALEXY, os aceita como “mandados de otimização”, ou seja, que ao contrário das regras, dizem sobre algo que deve ser realizado na maior medida possível. Nesse caso, conflitos entre princípios só

capital social), do funcionamento, conservação e defesa (da proposição por aparência, da delegação consensual, da gestão por pessoa natural, da gestão pelo incorporador, da ampla informação, da inatangibilidade da cláusula de administração, etc), da dissolução e liquidação.

³² É assim que pensa ESSER (aqui citado por LARENZ): “O princípio jurídico, no sentido que ESSER lhe atribui, é descoberto originalmente no caso concreto; só depois se constitui numa fórmula que sintetiza uma série de pontos de vista que, nos casos típicos, se revelam adequados. (...) Mas para

têm existência e solução no caso concreto. Devem ser ponderados, cabendo-lhes a lei da ponderação e a lei da colisão. E, por fim, uma terceira teoria identifica os princípios com normas cujas condições de aplicação não são pré-determinadas (HABERMAS, DWORKIN, Klaus GÜNTHER, KOHLBERG), além do que, por serem concorrentes, não poderiam ser ponderados, mas sujeitos a um juízo de adequabilidade.

ser aplicado, o princípio precisa ainda de ‘cunhagem judicial ou legislativa’ (LARENZ, 1997, p. 192-193). Note a semelhança com MÜLLER, na discussão do tópico precedente.

2.2 DELIMITAÇÃO E PERSPECTIVAS

Sugeri, até aqui, a partir da doutrina, a existência de uma “crise” metodológica que envolveria o Direito.³³ Como tentativa de superá-la apresentei o pensamento de Jair GEVAERD, o qual foi enriquecido como noções de AGAMBEN, FOUCAULT, RICOEUR e MÜLLER.³⁴ A partir do diálogo com essas concepções, cogito, agora, construir parâmetros que, no geral, orientem a pesquisa.

§ 2.2.1 Perspectivas do estudo

Assim:

- a) aceitarei a noção de saber por perspectivas. Todavia, acreditando ser possível o distanciamento,³⁵ exijo, como condição, a necessidade de que o estudo venha criticar-se a si próprio, dobrar-se. Por isso mesmo prefiro (i) expor vários entendimentos à simplesmente testar uma hipótese, (ii) indicar a

³³ Há quem diga, entretanto, que a ciência, como um todo, passa por uma revisão de paradigmas: ver Boaventura de Sousa SANTOS (2001) ou mesmo, antes dele, KUHN e POPPER.

³⁴ A discussão, em muito, residiu ao redor da problemática da linguagem. Como afirma Manfredo Araújo de OLIVEIRA (1996, p. 11), a linguagem tornou-se a questão central da filosofia. Contudo, observe-se a crítica de José Eduardo FARIA (1991, p. 32): “embora faça crítica global ao positivismo normativista, tais abordagens se limitam a apontar o caráter arbitrário subjacente às convenções e aos jogos de linguagem da dogmática jurídica, não extraíndo daí todas as conclusões possíveis (como, por exemplo, a identificação de quem se vale desse tipo de arbítrio para impor sua vontade sob a forma de normas ‘abstratas, gerais e impessoais’, ou, então, o desenvolvimento de argumentos capazes de neutralizar tal arbítrio e a própria ideologia pelo meio da qual ele é ocultado), essa contribuição dos adeptos da filosofia analítica e da filosofia da linguagem tem sua importância”. No mesmo caminho, as devassadoras palavras de Rosemíro Pereira LEAL (2002, p. 103): “o saber objetivado de um eu transcendental ou de um eu empírico (situado) indicativo do que seja válido para todos, sem qualquer mediação jurídico-procedimental-fiscalizatória e operável pelos destinatários dos juízos normativos advindos das decisões legiferativas, não teria *nexus ilocucionário* para uma compreensão do ordenamento jurídico de direito democrático cuja falibilidade seria corrigida não por um ‘procedimento contínuo’ de uma luta social (política) nos porões do direito positivado, mas pelo devido processo constitucional institucionalizado e aberto ao direito-de-ação incondicionado extensivo a todos (controle amplo e irrestrito de constitucionalidade)”. No entanto, FOUCAULT (1979) mostrou suficientemente quão disperso é o poder para que se possa identificar com a rapidez e facilidade o sempre procurado “sujeito”; também deixou claro que o poder não é somente coercitivo, mas produz saber. Remete-se, entre várias obras possíveis, no mínimo à Microfísica do Poder. Acredita-se, portanto, que essas visões que ora apresentam-se em parte conflitantes, na verdade se integram e se complementam – e, de fato, poder-se-ia *cogitar*, para além de Rosemíro, de um processo constitucionalizado mas também participativo. O tema não foi esgotado: apenas introduz e alerta o Leitor, convida-o à reflexão, ao passo que o estudo coloca-se - ele próprio -, no plano de uma, entre outras possíveis, vias ou perspectivas.

opinião preconcebida, (iii) aceitar as limitações inerentes à pesquisa bibliográfica.

b) faço uso de *topois*, estes relevados nas opiniões majoritárias da doutrina, da jurisprudência, no direito comparado, e nas decisões da auto-regulamentação.

c) entendo que a decisão judicial, clímax que pode integrar os momentos gnoseológico, deontológico e ontológico do Direito,³⁶ é também marcada pelas comunicações do modo-de-produção (Direito como superestrutura). Por tal razão é caso, antes, de despertar os enunciados interditos ou mesmo reabilitar aqueles que, pela sua promoção, multiplicação e dispersão, resultaram diluídos e ineficazes. Daí porque, na Introdução, utilizo o termo “pessoa” em conjunto com “consumidor”.

d) utilizo a principiologia: porque consentânea com uma figuração sistemática aberta, móvel e ampla. Ainda assim, sugiro certa restrição a seu uso. Os princípios talvez possam livrar-se de um neokantismo manifesto³⁷ desde que sejam tidos como lógico-retóricos (“argumentos”, afirma GEVAERD) e “descobertos” através da legislação.³⁸ É por considerar este sentido, sem, por outro lado, vincular-se a um positivismo crônico, que fiz menção à “concreção” nos moldes ensinados por Friedrich MÜLLER.³⁹

e) aceito a interpretação constitucional manifestando-se em todos os meandros do Direito. Uma visão sistemática pressupõe que perante um problema todo o arcabouço passe a operar.⁴⁰ Mas isso não isola uma concepção piramidal: apenas enuncia como vetor, em qualquer ramo do

³⁵ E, então, também ser possível a crítica (ver RICOEUR, 1996, p. 92-93).

³⁶ É o que GEVAERD, por exemplo, pretendeu realizar através da teoria da linguagem. Veja especialmente GEVAERD, 2001, p. 41.

³⁷ O que, aliás, é consentâneo com GADAMER e APEL: “K.-O. Apel perseguiu com mais constância esse interesse, porque seu programa de uma ‘transformação da filosofia’ se orienta até hoje pela arquitetônica da filosofia transcendental de Kant” (HABERMAS apud APEL, 2004).

³⁸ É possível que isso exija uma concepção ampla e dinâmica de “texto”, a ser buscada possivelmente na “pragmática discursiva” – questão aqui apenas cogitada. Também na esfera das conjecturas, a principiologia, na forma acima exposta, poderia encontrar interessante suporte na teoria da metáfora. *Imagina-se* que *gestalts* experienciais, elementos prototípicos, categorização e mapeamento, tidos por LAKOFF como orientadores da forma humana de compreender o mundo, poderiam ser transportados para o âmbito da principiologia, desvinculando o tema dos valores (ver LAKOFF, 2002).

³⁹ Sabe-se, todavia, de alguns que tomam MÜLLER como um “neo-positivista” (ver LEAL, 2002, p. 80).

⁴⁰ Antônio Menezes CORDEIRO em CANARIS, 1996, p. CXI. Também FREITAS, 1995, p. 47.

Direito, a interpretação que venha considerar as normas constitucionais. Tal entendimento não contraria a opção pela principiologia.⁴¹

f) acolho e me comprometo com a visualização da “abertura” do Direito, seja ou não na forma de sistema. São compatíveis com essa visão alguns vetores adotados na presente pesquisa: (a) a inter e transdisciplinaridade, (b) a principiologia, (c) a observação do caso concreto; e (d) a atenção à auto-regulamentação.

Note que parto da publicidade comparativa para o Direito. Com isso espero livrar-me de determinados enlaces que poderiam comprometer os resultados. Assim, a pesquisa navega com tranqüilidade entre os diversos “ramos” do Direito e não se prende a amarras pré-concebidas. Mas também por isso a essas águas afluem outras e novas dificuldades, agora de harmonização de conteúdos.

§ 2.2.2 Delimitação

Não se avançará na via da *propaganda*, a não ser no restrito sentido de que a publicidade de determinado produto é também a propaganda de um certo estilo de vida: ou seja, estritamente não falará de propaganda.

Restringe-se ao terreno empresarial, ou seja, à atividade de “ofertar um bem ou serviço a consumo, através de um meio de comunicação capaz de atingir, ainda que potencialmente, um número indeterminado de pessoas, e veiculada às expensas do fornecedor” (JACOBINA, 1996, p. 11).

Foge do contexto deste estudo, igualmente, o contrato publicitário, questões de índole trabalhista e aspectos de ordem penal.

Limito-me à publicidade comparativa no que concerne ao espaço das relações obrigacionais e concorrenciais (mas tendo sempre em mente o ordenamento constitucional).

⁴¹ É que a concepção dos princípios jurídicos “não pode desvincular-se de uma referência à Constituição”. Isto “porque a Constituição, por ser a norma jurídica suprema da organização jurídica de uma nação, não só encerra os princípios gerais do ordenamento e reflete a filosofia da vida jurídica – no dizer de PERLINGIERI -, senão que, ademais, enquanto ‘síntese das aspirações de um povo’ – na expressão de BATTLE -, é lógico que de alguma maneira consagre os princípios básicos de sua organização” (ARCE Y FLOREZ-VALDÉS apud GALUPPO, 1999, p. 205).

Mas uma outra delimitação ainda precisa ser efetuada. Ainda que no decorrer do estudo eu espere indicar o que seja ou o que não seja mensagem publicitária comparativa, muitas vezes os anúncios apresentam formulação complexa. Assim, o que se pode freqüentemente afirmar é que determinada mensagem tem um *núcleo comparativo preponderante*. Para cuidar dessa nuance pretendo abranger os campos ou áreas jurídicas do direito do autor, da concorrência, direitos da propriedade industrial e do consumidor.⁴² É bem isso que se pode notar nos Capítulos 7, 8 e 9.

O estudo a seguir estaciona na sugestão dos limites lícitos da mensagem publicitária comparativa. Não deixa, todavia, de esboçar o tema das consequências, das responsabilidades e dos remédios jurídicos apropriados. Mas a amplitude desses aspectos, a envolver, por exemplo, noções interessantíssimas e pouco exploradas como as de “contrapublicidade” e retificação publicitária, além de aspectos penais, exige, sem dúvida, um estudo autônomo.

§ 2.2.3 Plano de trabalho

Aqui, neste capítulo, é abordada a ‘crise’ metodológica noticiada pela doutrina, as tentativas de superação, e, após, as perspectivas que adotei no presente estudo.

Parte-se para discernir o conteúdo da ordem econômica constitucional, centrando a pesquisa no que mais se relaciona ao estudo: o consumidor, a concorrência, os direitos de propriedade industrial.

Na seqüência adentra-se ao universo da Publicidade. Mas isso somente para indicar as definições gerais, procurar discernir sua natureza jurídica e discutir sobre o interessante fenômeno da auto-regulamentação publicitária.

Somente a seguir, no capítulo “Publicidade comparativa”, é localizado o núcleo do tema investigado. A partida é realizada através de coleta de definições, fixação de conceitos e classificação. O capítulo fecha com a investigação dos princípios que pertencem à modalidade publicitária estudada.

Nos três capítulos seguintes, procuro fazer uso da metodologia indicada inicialmente e do demais recolhido para sugerir situações nas quais se poderá detectar a ilicitude no uso da comparação publicitária. Ali espero cumprir o objetivo final da dissecação do tema, seja, indicar marcos para a decisão judicial, ainda que,

⁴² Ver § 5.2.3.

por vezes, se limitem a novas interrogações. Nesse último capítulo se fará uso intenso de exemplos, extraídos na maioria das vezes, dos casos discutidos pelo CONAR. O *exemplo* (ou, juridicamente, a jurisprudência), como bem nota Giorgio AGAMBEN (1998, p. 30), funciona como uma “inclusão exclusiva”.⁴³ Isto é, não é o fim, é só o começo.⁴⁴

Faz-se, ao final, como se disse, uma averiguação limitada acerca da problemática relativa à fixação das responsabilidades e designação dos remédios jurídicos possíveis.

⁴³ A argumentação através de exemplos, como diz Judith MARTINS-COSTA (2000, p. 369), não tem natureza propriamente lógica, mas quase-lógica. Evidentemente, exemplo não é sinônimo de jurisprudência, mas os conceitos se assimilam.

⁴⁴ Porque o exemplo, por ser similar também é o diferente. A partir do exemplo, com o exemplo, e com o caso concreto, cabe, então, a construção da norma.

3 ASPECTOS DA ORDEM JURÍDICA DA ECONOMIA

Enfrenta-se inicialmente discussão acerca do modelo econômico adotado pelo Constituinte. Obtidos os elementos mínimos da ordem econômica constitucional, caberá ver como refletem no direito do consumidor, no direito concorrencial e quanto ao direito autoral e propriedade industrial, perspectivas que se conformam ao estudo da publicidade comparativa.

Quanto aos direitos do consumidor inicia-se com o conceito, seguindo-se a partir daí para as relações entre essa figura jurídica e a Publicidade. Fala-se também da possibilidade de aplicação das regras do CDC a quem não é consumidor, via a dicção do artigo 29, bem como da “dupla face” do direito do consumidor.

Da parte do direito concorrencial será enfatizada a relação entre concorrência e liberdade de informação e escolha, a concorrência lícita e a ilícita, a relação entre a concorrência ilícita e a propriedade industrial.⁴⁵

No último tópico cuida-se de discernir entre o que seja concernente ao direito autoral e ao direito à propriedade industrial para se chegar a discutir sobre o panorama atual acerca dos sinais e expressões publicitárias.

⁴⁵ Para Fábio Ulhoa COELHO (2003b, p. 186-189) os atentados à livre concorrência se subdividem em concorrência desleal e infrações à ordem econômica, o primeiro envolvendo as ofensas indicadas no Código de Defesa do Consumidor e na Lei de Propriedade Industrial e o segundo, a lei Antitruste. A concorrência ilícita, para o doutrinador, abrange a desleal e as infrações à ordem econômica.

3.1 ORDEM ECONÔMICA CONSTITUCIONAL

Se a Publicidade serve de suporte para o desenvolvimento da atividade empresarial, antes mesmo de analisá-la sob o aspecto jurídico, é preciso ver que vetores constitucionais balizam as atividades econômicas em nosso país. Questão, de resto, importante quando o Direito “deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas” (GRAU, 2001, p. 13).⁴⁶ Será a análise da “ordem econômica constitucional”. Porém, o que se poderia dizer de tal enunciado?

§ 3.1.1 A ordem econômica

A expressão “ordem econômica” ora remete para os fenômenos do mundo econômico (um conceito de fato que se relaciona com o espaço onde tais fenômenos se manifestam), ora para a regulação geral da economia ou, especialmente, para a ordem jurídica (conceito normativo). Seja a ordem jurídica da economia, enfim, “o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (ordem do ser)”.

A questão poderia ser de pura índole teórica-acadêmica. GRAU, não obstante, pensa que não é tão simples. O artigo 170 da Constituição de 1988, por exemplo, está assim redigido: “a ordem econômica, *fundada* na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, *tem* por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios ...”. Repare em duas

⁴⁶ Para Eros GRAU (2001, p. 49-50): “em um primeiro sentido, ‘ordem econômica’ é o modo de ser empírico de uma determinada economia concreta; a expressão, aqui, é termo de um conceito de fato (é conceito do mundo do ser, portanto); o que o caracteriza é a circunstância de referir-se não a um conjunto de regras ou a normas reguladoras de relações sociais, mas sim a uma relação entre fenômenos econômicos e matérias, ou seja, relação entre fatores econômicos concretos; conceito do mundo do ser, exprime a realidade de uma inerente articulação do econômico como fato”;– “em um segundo sentido, ‘ordem econômica’ é expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza (jurídica, religiosa, moral etc.), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos; é o sistema normativo (no sentido sociológico) da ação econômica”;– “em um terceiro sentido, ‘ordem econômica’ significa ordem jurídica da economia”. A sua crítica: ainda que o Estado se legitime, promovendo a mediação de conflitos de classe, o faz para dar sustentação ao capital. Assim, a Constituição formal (em contraposição a material), ao definir normas que não garante é, antes, um instrumento retórico de dominação. Conclui, ainda que o Estado modernamente venha desempenhar um novo papel, implementando políticas públicas, somente o faz no âmbito do sistema capitalista.

expressões: “tem” e “fundada”. O caso é que embora o enunciado seja normativo, parece falar algo sobre o mundo dos fatos: não se diz “deverá ter” e nem “deverá estar fundada”. Isso remete a uma sutil diferença de aspecto ideológico que trata de indicar a realidade como já suficientemente ordenada (auto-ordenada, auto-normatizada), seja, capítulo do credo liberal (GRAU, 2001, p. 50-52).

Ainda que assim o seja, a ordem econômica integrante da ordem jurídica (os termos são de GRAU e se referem ao mundo do dever-ser em contraposição à ordem econômica do mundo do ser) inserida na Constituição de 1988 distingue-se das demais em razão (i) da enorme profusão de normas de intervenção e (ii) e de estar integrada em uma Constituição dirigente.⁴⁷

Utilizando-se da interpretação principiológica, como a que aqui é cogitada, GRAU (2001, p. 58-59), enfim, chega a duas conclusões principais: (i) “a ordem econômica na Constituição de 1988 define opção por um sistema econômico, o sistema capitalista”, e (ii) ainda assim, a ordem econômica constitucional rejeita o modelo liberal e o princípio da auto-regulação da economia, sendo, intervencionista⁴⁸ e, mesmo que aberta, direcionada, pelo contexto da interpretação funcional, à construção de um Estado de Direito Social (de bem-estar) (2001, p. 321-362).⁴⁹

Leila CUELLAR (2004, p. 63) acompanha o pensamento de Eros GRAU. Para CUELLAR “a Constituição brasileira institucionalizou um capitalismo qualificado por

⁴⁷ Em suma, para GRAU (2001, p. 74) a ordem econômica, entendida como aquela ligada à ordem jurídica (mundo do dever ser) é a que representa o conjunto de normas da Constituição dirigente, que não faz mais que se conformar à ordem econômica (esta aqui no sentido da integrante do mundo do ser).

⁴⁸ Fernando Gherardini SANTOS (2000, p. 57-58) afirma, entretanto, que “o capitalismo moderno, da maneira como foi albergado pela CF/88, pouco tem a ver com sua concepção original, elaborada principalmente na Inglaterra a partir da segunda metade do século XVIII”. Ademais, continua, a Carta de 1988 se caracteriza por ser uma Constituição dirigente, “invadindo praticamente todos os setores da vida econômica, social e política do país”. Também em outra passagem: “Diante da análise dos princípios norteadores da ordem econômica, pode-se facilmente concluir que a Constituição vigente, optando, como já se afirmou alhures, por um sistema capitalista de mercado, utiliza-se de um regime de atuação estatal no processo econômico, o qual, vale dizer, engloba um campo muito mais amplo do que simplesmente um estado ‘intervencionista’, o qual referir-se-ia, tão somente, ao setor ‘privado’, pois o termo ‘intervenção’, indiscutivelmente, advém do pensamento liberal, quando o Estado, como já visto, era chamado a intervir somente de forma supletiva, diante de omissões do setor privado. A atuação do Estado, determinada pela Carta de 1988, ao contrário, engloba tanto o setor público como o privado, ou seja, estabelece a atuação do Estado no campo da atividade econômica em sentido amplo, como é conclamada pela realidade hodierna” (SANTOS, 2000, p. 95).

⁴⁹ É também o que afirma Fernando Gherardini SANTOS: “o momento histórico atual corresponde, indubitavelmente, à transição do Estado Liberal, mero árbitro em questões de ordem, segurança e paz, como já visto, para um Estado de Justiça Social, este sim a nova expressão do Estado de Direito”. Porém, poucas linhas após, SANTOS complementa afirmando que o modelo então em vigor pode ser denominado de “quase neoliberalismo” (SANTOS, 2000, p. 64).

princípios que afastam a sua comparação com a de um Estado liberal clássico, e prestigiou apenas o direito de propriedade privada, a livre iniciativa e o livre jogo das forças do mercado". Isso teria ocorrido porque "a Constituição de 1988 celebra à larga o princípio da dignidade da pessoa humana, mesmo no contexto da ordem econômica (art. 1º, inc. III, art. 34, inc. VII, al. b, e art. 170, caput)". Conseqüência disso, é que a liberdade de empresa, de iniciativa e de concorrência sofreriam "verdadeira atenuação jurídico-axiológica quando alinhados à dignidade da pessoa humana e à justiça social".

Fábio Ulhoa COELHO (2003b, p. 185-187), de outro lado, afirma categoricamente que "o perfil que a Constituição desenhou para a ordem econômica tem natureza neoliberal", sendo este um modelo econômico "que se funda na livre iniciativa, mas consagra também outros valores com os quais aquela deve se compatibilizar". Esses demais valores seriam os princípios da defesa do consumidor, a proteção ao meio ambiente, a função social da propriedade e os demais princípios do artigo 170 da Constituição tidos como informadores da ordem econômica, mais a lembrança da valorização do trabalho como um dos fundamentos dessa ordem. Considera, inclusive, que a enumeração do art. 170 serve apenas para afastar a edição de leis, complementares ou ordinárias, disciplinadoras da atividade econômica, desatentas a esses valores.

§ 3.1.2 Formas de intervenção ou regulação

Se a ordem econômica constitucional, no modo de ver de GRAU, é de tal forma que possibilita a intervenção do Estado na economia, como isso pode ocorrer é a próxima abordagem.⁵⁰

O Estado pode intervir no domínio econômico por absorção ou participação, intervenção por direção ou por indução. A absorção ocorre quando o Estado toma por completo o exercício da atividade naquele setor da economia, monopolizando-o. Na participação o Estado compete com outras empresas privadas do mesmo setor, embora ocupe parcela importante de controle dos meios de produção. A intervenção

⁵⁰ Para Calixto SALOMÃO FILHO (2002, p. 21) é "exatamente a divisão de esferas entre o Estado regulador e intervencionista e aquele que se limita a organizar as forças do mercado através da aplicação do direito concorrencial que melhor define o ordenamento econômico existente ou, se assim se preferir, a Constituição Econômica de cada ordenamento".

por direção se dá através de comandos normativos que pressionam a atividade econômica, impondo certos comportamentos, como é o exemplo do tabelamento de preços. Na intervenção por indução o Estado, conquanto não proceda a um comando imperativo, isto é, não elimine a vontade do agente, força-a uma determinada opção (GRAU, 2001, p. 168-170).

Um dos campos do Direito em que essa atuação do Estado no domínio econômico produziu transformação importante é o das relações contratuais. Dir-se-ia que isso é evidente, já que a liberdade contratual é instrumental diante da propriedade privada dos bens de produção. Mas se o liberalismo econômico pauta-se na auto-regulação do negócio jurídico, o Estado do bem-estar passa ao dirigismo contratual. Neste, então, os contratos não se restringem às obrigações entre as partes, mas se relacionam aos objetivos delimitados pela ordem econômica. Na verdade até mesmo a liberdade de contratar passa por reformulação (GRAU, 2001, p. 127-129).

Considerando tais pressupostos, a conclusão a que se chega é que a opção do constituinte de 1988 não foi tanto por um regime de mercado,⁵¹ mas por um regime de “mercado organizado”. Nesse “mercado organizado” o Estado pretende “corrigir as distorções tipicamente advindas da liberdade nas relações de mercado, englobando tanto distorções ligadas à competição, como aquelas relativas à repartição desigual do produto econômico, alimentando situações que, inevitavelmente, levam a constantes crises econômicas” (SANTOS, 2000, p. 97).

Disto decorrem, evidentemente, as diretrizes legais que reprimem o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros, e que constam da Lei Antitruste, da Lei de Propriedade Industrial e do próprio Código de Defesa do Consumidor.⁵²

§ 3.1.3 A Constituição e os direitos difusos

O constituinte dedicou o Capítulo I do Título II aos direitos e deveres individuais e coletivos, instituindo dever ao Ministério Público (art. 129, III) de

⁵¹ Mercado que pode ser subdividido em mercado de trabalho, de capitais e de consumo de bens e cuja opção decorre da denominação constitucional expressa do princípio da livre iniciativa.

⁵² Isto também permite ao Estado regulamentar toda a atividade publicitária. É nesse sentido que PASQUALOTTO (1997, p. 67) afirma que “a regulamentação da publicidade é uma forma de intervenção do Estado na iniciativa privada”.

promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

A “descoberta” dos direitos difusos e coletivos, que motivou a inserção constitucional, deve-se à própria transformação que nos levou à sociedade de massas.⁵³ No interior desse tipo de organização a pessoa (então, o “consumidor”) ocupa posição de desvantagem, já que não usufrui controle, conhecimento ou acesso a todos os dados, ao passo que ainda assim devia fazer escolhas.⁵⁴ Deste desequilíbrio decorre a atuação do Estado, mas agora em defesa de interesses não somente individuais.

Eis, então, uma transformação radical, que contraria a concepção clássica segundo a qual “não pode existir direito subjetivo sem a devida referibilidade a um titular determinado, pois o Direito clássico atribui uma sanção para uma hipótese de desrespeito a tais direitos, devido ao caráter coercitivo que se lhe acrescentava, sanção esta que só se revelaria eficaz se o titular fosse mesmo determinado, ou ao menos, determinável”. Não é este, entretanto, o caso dos direitos difusos, onde os titulares são pessoas indeterminadas, ligadas por circunstâncias de fato (SANTOS, 2000, p.106).

A conceituação de direitos difusos encontra-se no parágrafo único, inc. I do art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, como sendo “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”.

A mesma norma, no inciso II também define direitos coletivos, estes sendo “interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base”. A distinção entre um e outro está em que, nos direitos coletivos, os titulares embora indeterminados, são determináveis, ao passo que no que tange aos direitos difusos, a

⁵³ Anote-se o comentário de Fernando Gherardini SANTOS (2000, p. 110): “A tutela jurídica dos interesses metaindividuais em sede constitucional revela a superação definitiva do individualismo jurídico oriundo do pensamento liberal do século XIX, demonstrando, claramente, que o Direito Constitucional em geral – e em particular o brasileiro – atravessa uma nova fase, onde o tratamento jurídico coletivo lato sensu ganha vulto cada vez maior, superando, por vezes, em importância, os clássicos direitos individuais, mesmo porque o tratamento coletivo tem-se revelado, na prática, muito mais eficaz que o individual e, portanto, a tendência é realmente aumentar cada vez mais tal proteção coletiva (lato sensu), dada a tendência da sociedade moderna em ‘massificar-se’ cada vez mais, reclamando, por isso mesmo, um tratamento jurídico condizente com sua característica fático-axiológica”.

coletividade da qual o individuo faz parte é “não individuável senão por pontos comuns de fatos, inexistindo, portanto, qualquer espécie de relação jurídica entre tais membros” (SANTOS, 2000, p.104).

Mas admitir a existência de direitos difusos não significa restringi-los somente aos interesses dos consumidores. Se repararmos a descrição do parágrafo único do artigo 1º da Lei 8.884/94 (lei antitruste),⁵⁵ veremos ser a coletividade a titular dos bens protegidos, evidente proteção a interesses difusos. Ligação íntima, então, entre a “descoberta” dos direitos difusos e coletivos e o “mercado organizado”.

A isso se considerar, as mensagens publicitárias ilícitas em geral, que atingem potencialmente um número considerável de sujeitos, podem, por tal razão, ter combate no plano dos direitos difusos, por todos os participantes do mercado (consumidores ou não), independentemente de dano individual.⁵⁶

§ 3.1.4 Princípios da ordem econômica

Interessa, neste momento, identificar os princípios norteadores da ordem econômica inseridos na Constituição vigente. São eles a dignidade da pessoa humana, a função social da propriedade, a livre iniciativa, a defesa do consumidor, a construção de uma sociedade livre, a valorização social do trabalho, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades regionais e sociais, a defesa do meio ambiente, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para empresas de pequeno porte.⁵⁷

Cabe notar que a Constituição também assegura aos autores de inventos industriais (artigo 5º, XXIX), privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento

⁵⁴ Será o reconhecimento dessa vulnerabilidade o pressuposto básico de todo o sistema de defesa do consumidor (SANTOS, 2000, p. 113-114).

⁵⁵ “Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico. Parágrafo único. A coletividade é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei”.

⁵⁶ Tanto é que Ives Gandra MARTINS (2003, p. 63) defende que o texto constitucional em seu artigo 170, V fala em “defesa do consumidor” e no artigo 192 discorre acerca de “interesses da coletividade”, justamente porque ambas as ordens estão “voltadas ao desenvolvimento econômico e à defesa da coletividade”.

⁵⁷ É o que confirma Fernando Gherardini SANTOS (2000, p. 66-97).

tecnológico e econômico do país, podendo essa norma ser tida como a origem do princípio de proteção da propriedade industrial. De igual forma, o inciso XXVII do artigo 5º deixa claro que aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras.

Por ora resta apenas relacioná-los. Ocuparei-me deles todos em tópico separado, quando se referir à principiologia que afeta as relações mercadológicas concernentes à publicidade comparativa.

3.2 PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR

§ 3.2.1 O consumidor

Critica se faz à noção de “consumidor”,⁵⁸ a qual, além de imprecisa (todos somos consumidores), acaba por equiparar o ente à sua posição na estrutura (de fato não se é consumidor, se está consumidor). Importada da economia, entretanto, o termo se consolidou, e, de bônus, trouxe consigo a normalização do modo-de-produção no interior da cultura jurídica (tornando-o mais palatável e menos sujeito a questionamentos), centrando, ademais, o homem no estágio do consumo apesar de ser proeminente no ciclo de produção (GRAU, 2001, p. 273).⁵⁹

Resta relembrar que se a Constituição de 1988, quanto expressamente preveja a defesa do consumidor, adotou como princípio máximo a dignidade da pessoa, deste derivando aquela.⁶⁰ Isto significa, ademais, “que a economia de

⁵⁸ É um termo oriundo da economia, cuja transferência para o Direito não se faz sem exigências e contingências. Uma delas é ‘normalizar’ a economia de mercado, ao tratar do sujeito de direitos pela sua função econômica. O olhar, e, portanto, a crítica, passa a ser interna. Outra é desligar o trabalhador do processo produtivo, já que a noção econômica visa identificar justamente o último elo da cadeia produtiva. Gino GIACOMINI FILHO (1991, p. 22) faz comparação entre os termos “consumerismo” e “proteção ou defesa do consumidor”, diferenciando-os em dez pontos. No consumerismo o bem considerado é a sociedade e a qualidade de vida; sua ação tem repercussões transregionais; os danos são encarados como prejuízo de valor social; a ação institucional dá-se mais no âmbito coletivo; tem repercussões em cadeia e nas instituições sociais; enseja considerável cobertura pelos meios de comunicação de massa; a ação é guiada por uma consciência coletiva; há possibilidade de receber influência de países do exterior; há preocupação imediata com minorias, crianças, ambiente, etc.; tem origem nos EUA. Ao seu lado, na defesa do consumidor consideram-se como alvo da proteção os bens e serviços; sua ação é mais localizada; os danos são encarados como prejuízos monetários; a ação institucional dá-se mais no âmbito individual; os efeitos são limitados; não repercute junto aos meios de comunicação de massa; a ação é guiada por interesses próprios; há possibilidade remota de causar impacto no exterior; há preocupação imediata com o consumo; e tem origem no próprio corpo social. Anote-se, também, que Washington P. A. SOUZA (1996, p. 37) tem que esses conceitos econômicos, no interior do Direito, sofrem uma “deformação”.

⁵⁹ É, aliás, o que se extrai, pelo contrário, do que afirma Vidal Serrano NUNES JUNIOR (2001, p. 174), ao declarar que apesar da defesa do consumidor ser aspecto inerente ao mercado, isso não a desqualifica, “antes posiciona tal direito adequadamente, vale dizer, dentro do mercado”. Aqui seria também possível assimilar a crítica de BAUDRILLARD (1972, p. 54-55), para quem ser consumidor é apenas uma concessão às classes inferiores e médias, ficando, entretanto, retido o privilégio absoluto nas “esferas reais de decisão, de gestão, de poder político e econômico, na manipulação dos signos e dos homens”. Ao que parece, a noção de consumidor sofre uma dupla crítica: daqueles que a entendem como “coletivista” e, de outro lado, daqueles que a tratam como um apêndice do modo-de-produção.

⁶⁰ Eis o que diz Cláudia Lima MARQUES (2002, p. 297): “Na Europa unificada defende-se a superação da visão atual do consumidor como mero agente econômico e a imposição de uma visão mais social do consumidor, consumidor como pessoa, como sujeito de direitos do século XXI”. Aliás, MARQUES vai além, demonstrando que a iniciação do movimento consumerista e a *consumer rights*

mercado não é um fim em si mesma, mas que se retrai ante a imperatividade dos Direitos Fundamentais” (NUNES JUNIOR, 2001, p. 98).

Em todo caso, a defesa do consumidor está presente em vários preceitos constitucionais (art. 5º., XVII, XXI e XXXII, art. 24, V e VIII, art. 150, inc. 5º, art. 170, V, art. 175, par. único, II, art. 220, inc. 4º, art. 221 e art. 48 das Disposições Transitórias). Destes preceitos seguem vários princípios que foram consignados no Código de Defesa do Consumidor.⁶¹

§ 3.2.2 Consumidor e fornecedor

Designa-se “consumidor”, quanto à destinação do produto ou serviço, a pessoa física ou jurídica que faça uso de determinado produto ou serviço como destinatária final. Exclui-se, portanto, do conceito, aqueles que se utilizam bens para fins de intermediação, transformação ou como insumos com o intuito de lucro.⁶²

São também consumidores, via equiparação legal, a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que intervenha nas relações de consumo (par. único do art. 2º do CDC), as vítimas do evento causado pelo fato do produto (art. 17, CDC) e, por fim, as pessoas expostas às práticas comerciais pré-contratuais e contratuais (art. 29, CDC).⁶³

No outro lado da relação, “fornecedor”, de acordo com o art. 3º. do CDC, “é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

rhetoric ocorreu com o discurso de J.F. Kennedy em 1962, onde este já salientava que o “consumer is no longer seen merely as a purchase na user of goods na services for personal, family or group purposes but also as a person concerned with the various facets of society ...”. Porém alerta que “esta visão mais individual de consumidor e do grupo de consumidores a ser protegido pela lei tende a prejudicar a visão maximalista, pois o *homo economicus* geralmente age só e assim será protegido, o que não impede, porém, que seja protegido quando somente organizado através de uma pessoa jurídica ou em grupo conseguirá seu intento”.

⁶¹ Ver § 5.4.2.

⁶² Para Eros GRAU (2001, p. 274), consumidor é “aquele que se encontra em uma posição de debilidade e subordinação estrutural em relação ao produtor do bem ou serviço de consumo”.

⁶³ Ver a seguir, em § 3.2.4, a possibilidade de enquadrar nas disposições do artigo 29 do CDC, os expostos às mensagens publicitárias.

Para que se caracterize a relação de consumo é necessário que ocorra no âmbito de uma relação jurídica na qual participem entes que possam ser conceituados, em ambos os pólos, como “consumidor” e como “fornecedor”.

Exemplificando, em relação ao anunciante, a agência de publicidade e o veículo de comunicação não são fornecedores, já que o serviço por estes prestados é apenas “um dos insumos que compõem o produto ou serviço final do anunciante”. Porém, em relação ao consumidor, a agência e o veículo são fornecedores, conforme se vê do art. 29 CDC.⁶⁴

§ 3.2.3 Consumidor-padrão e vulnerabilidade

A se utilizar a metodologia civilista, a licitude ou ilicitude de uma determinada mensagem publicitária poderia ser averiguada pelos seus efeitos perante o homem-médio, aqui, mais especificadamente, o consumidor-médio e o comportamento esperado na decisão de aderir ou não ao apelo publicitário.

Porém esse caminho produz resultados completamente diferentes quando comparados os comportamentos dos consumidores habituais de determinado produto e os demais, estando estes últimos justamente mais suscetíveis à indução a erro.

Diz-se, por exemplo, que os produtos mais caros geralmente são consumidos por pessoas menos influenciáveis pela publicidade. Esse entendimento, entretanto, revela-se paradoxal e poderia indicar, isto sim, o nível de consumo conspícuo. Ademais, seria errôneo equiparar poder aquisitivo a conhecimento.

Parece que a análise da enganosidade ínsita a uma mensagem publicitária, por exemplo, exige ampla análise do caso concreto. A figura jurídica do consumidor-típico ou padrão, como sendo aquele habitual, conhecedor e acostumado às características do produto deve ser considerada para avaliar os efeitos da publicidade. Mas a mensagem publicitária dificilmente pode ser circunscrita a esse âmbito de consumidores, de forma que o risco de abranger o desinformado é inerente à própria atividade que, ademais, não visa apenas subtrair clientela alheia, mas também

⁶⁴ JACOBINA (1996, p. 57-61) entende que “a publicidade dirigida a alguém que tecnicamente não é consumidor, como aquela dirigida ao revendedor ou ao industrial, e que não atinge nem potencialmente ao destinatário final, não estaria tutelada pelo CDC mas pelo Direito Civil ou Comercial”.

agregar novos consumidores. Em outras palavras, trata-se de considerar e admitir a vulnerabilidade do consumidor.

Mas não é entendimento unânime. Fábio Coelho ULHOA (2003b, p. 327), por exemplo, acredita que “se o adquirente de produto ou serviço não integra o conjunto de consumidores habituais do fornecimento objeto de promoção publicitária, eventual entendimento distorcido de sua parte não pode dar ensejo à caracterização de ilícito”. Conclui, ainda, que entender de outro modo “equivaleria a impossibilitar o cálculo empresarial e consequentemente obrigar o empresário ao impossível”.

Guilherme FERNANDES NETO (2004, p. 230), ao seu lado, propõe que seja balizado pelo “consumidor mais humilde”, isto porque, defende, já a publicidade segue o princípio da simplificação da mensagem, de forma que “quanto maior a extensão dos destinatários mais simples deve ser a mensagem, a fim de estar de acordo com [a] ‘compreensão do mais ignorante’”.

Em todo caso, o reconhecimento dessa vulnerabilidade do consumidor (art. 4º CDC) nada é sem a instrumentalização de meios para combater os abusos. Daí a facilitação do acesso à defesa (inciso VIII do art. 6º, CDC) e, principalmente, a inversão do ônus da prova (artigo 38, CDC).

§ 3.2.4 Consumidor e publicidade

O artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor encabeça o Capítulo V intitulado “Das práticas comerciais”, seguindo as seções II a VI, as quais tratam da oferta, da publicidade, das práticas abusivas, da cobrança de dívidas e dos bancos de dados e cadastros de consumidores.

Assim está redigido esse artigo: “para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nele previstas”.

Não se exige, então, a necessidade de enquadrar-se no conceito de consumidor, mas sim da pessoa estar exposta a uma das práticas do Capítulo V para que possa usufruir a proteção do CDC. Trata-se, então, da figura do consumidor equiparado.

A seção III trata da Publicidade, e faz parte do Capítulo V. O que se quer saber é o alcance do dispositivo citado, pois à primeira vista, tratou-se aqui, ainda que sem

adentrar ao Direito Concorrencial, do primeiro “*Código de Publicidade*” nacional, ou, ao menos, a primeira consolidação parcial de normas relativas a essa atividade. Isso porque, à primeira vista, o artigo 29 remete a legislação a qualquer pessoa exposta às práticas publicitárias, inclusive fornecedores.⁶⁵

Não é o que entende Paulo Vasconcelos JACOBINA, para quem o código amplia o conceito de consumidor, mas não o de fornecedor. Assim, por exemplo, aquele que promovesse anúncio de venda de sua casa própria estaria unicamente sujeito aos preceitos do Código Civil. O mesmo doutrinador afirma que a publicidade dirigida a alguém que não é consumidor (como ao revendedor ou ao industrial) igualmente estaria fora da tutela consumerista. Nesses dois casos “não haveria publicidade comercial, para os fins do direito do consumidor, mas tão-somente oferta ao público, ou melhor, convite a fazer oferta, nos termos do Direito Civil ou Comercial”. De fato JACOBINA (1996, p. 59-61) vai ainda mais além, afirmando que em relação ao anunciante nem a agência nem o meio de comunicação podem ser tidos como fornecedores, porque o anunciante não seria o destinatário final do serviço prestado, sendo apenas um dos insumos que compõe o produto do anunciante, este sim, destinado ao consumidor.

Já PASQUALOTTO (1997, p. 77-80) admite que “sendo objeto de regulação pelo Código de Defesa do Consumidor, a publicidade, em princípio, está adstrita ao conceito de consumidor para que incidam as regras próprias das relações de consumo”. Porém argumenta que o artigo 29 preocupa-se com evitar o dano, protegendo as pessoas expostas a práticas que possam produzi-lo, aceitando, dessa forma, que tal visão possibilita virtual aplicação de normas do CDC a quem, em concreto, não seria consumidor.

Todavia PASQUALOTTO (1997, p. 77-80) restringe essa aplicação de regras do CDC a duas condições. A primeira seria a “hipótese de colmatar uma lacuna na lei, posto que a temática interessa também ao direito de concorrência, a algumas disposições da lei antitruste e normas penais” (sic). A segunda hipótese é a “da incidência dos princípios da boa-fé e o da vulnerabilidade”.⁶⁶

⁶⁵ Repare que o conceito de empresário presente no atual Código Civil (art. 966), seja aquele que exerce profissionalmente atividade econômica organizada para produção ou circulação de bens ou serviços, coincide com o de fornecedor expresso no CDC.

⁶⁶ O princípio da boa-fé, que é princípio geral do CDC, mas não exclusivo das relações de consumo, diz PASQUALOTTO, é aplicável “em qualquer forma de publicidade, mesmo naquelas que não se destinam aos consumidores propriamente ditos (v.g., publicidade industrial ou técnica, dirigida a especialistas, como a de um laboratório em relação aos médicos)”, uma vez que ali “são exigíveis os princípios da veracidade e identificação, assim como são inadmissíveis a enganosidade e a

Se for assim, conclui PASQUALOTTO (1997, p. 77-81), em pressuposição que me parece plausível, a consequência é que “as regras sobre publicidade contidas no CDC seriam aplicáveis em qualquer hipótese, ainda que inexistente relação de consumo específica, sempre que houvesse violação da boa-fé do anunciante, vulnerabilidade do público-alvo da mensagem publicitária ou finalidade de colmatar lacuna legal”.

§ 3.2.5 Dupla face dos direitos do consumidor

Não obstante os senões doutrinários apontados, na verdade há pelo menos dois objetos de tutela nas normas de defesa do consumidor: imediatamente visam proteger os consumidores, e mediatamente o mercado.

É o que afirma GEVAERD (2001, p. 294): “por um lado - e imediatamente - visam à proteção dos interesses diretamente envolvidos em determinada circunstância concreta. Segundo essa primeira ordem, a função do Direito seria a de restabelecer o equilíbrio rompido naquela contratação ou naquele ato jurídico especificadamente considerado. Segundo outra ordem de consideração, entretanto e paralelamente à primeira, é indiscutível que as normas de tutela do consumidor têm em alça de mira - mediatamente - a recomposição de uma certa concorrência ideal, que possibilita, em tese, o escorreito funcionamento do mercado”. E, assim, concluindo, “o sistema de defesa do consumidor - por este raciocínio - visaria, em última análise, reprimir, pontualmente, abusos contra a ordem econômica, malgrado sua manifestação em âmbitos relativamente restritos de incidência”.

Essa “dupla face da tutela do consumidor”, continua GEVAERD (2001, p. 294), “é plenamente justificável”. Isso porque “a coletividade depende largamente do regular funcionamento das instituições societárias-empresariais para subsistir. É nelas - em grande parte - que se respaldam as funções econômicas do (i) abastecimento, (Ii) produção, (Iii) distribuição, (iv) transporte, entre outras menos essenciais. É a elas, igualmente, que se deve a nutrição periférica e profunda de todas as relações de produção ocorrentes em sociedade”. E se “mão invisível” não há, os

abusividade”. A vulnerabilidade, continua o doutrinador, característica que identifica o consumidor, pode manifestar-se como vulnerabilidade técnica (falta de conhecimentos específicos sobre o objeto da relação de consumo), vulnerabilidade jurídica ou científica (falta de conhecimentos especializados

“mecanismos de atuação, inclusive técnico-jurídicos, são bem visíveis e aptos à instrumentalização de intervenções estratégicas, capazes de indicar ou corrigir tendências”, entre eles a defesa do consumidor, a repressão ao *trust* e demais normas do Direito Econômico.

Daí que o interesse, por exemplo, na mensagem publicitária, não se restringe ao possível consumidor: juridicamente ela interessa não só ao que irá adquirir, mas também aos demais participantes do mercado, anunciantes ou não, àqueles que participaram de sua elaboração, tal como artistas e publicitários, aos veículos de comunicação e a outros agentes de mídia.

requeridos na relação de consumo) e vulnerabilidade fática ou socioeconômica (decorrente da submissão ao fornecedor, face à sua superioridade negocial).

3.3 LIVRE CONCORRÊNCIA

A palavra “concorrência” denota tanto o sentido daquele que compete como daquele que converge, co-labora. Na tensão dialética entre essas duas pronúncias organiza-se o seu significado jurídico.

§ 3.3.1 Livre concorrência e livre iniciativa

A livre concorrência consta entre os princípios constitucionais da ordem econômica (inc. IV, art. 170, CF) e está intimamente relacionada com o princípio da livre iniciativa (par. único, art. 170, CF). Esta pressupõe a liberdade de destinar bens para exploração de atividade econômica. Ou, em outras palavras, “é a possibilidade de agir, neste ou naquele sentido, sem influência externa” (CRETELLA JR, 2003, p. 66).⁶⁷ A livre iniciativa comporta, de um lado, a (i) liberdade de comércio e indústria, a qual se compõe tanto da faculdade de criar e explorar uma atividade econômica, como da não sujeição a qualquer restrição estatal senão em virtude de lei, e, de outro, (ii) a liberdade de concorrência, que consiste na faculdade de conquistar a clientela, desde que não através de concorrência desleal, na proibição de formas que deteriam a concorrência e na neutralidade do Estado diante do fenômeno concorrencial, em igualdade de condições dos concorrentes (GRAU, 2001, p. 240).

A livre concorrência, por seu lado, “é a possibilidade de ação de grande número de vendedores, agindo de modo autônomo, no mesmo mercado competitivo” (CRETELLA JR, 2003, p. 73).

§ 3.3.2 Características da concorrência

A concorrência, para Isabel VAZ (1993, p. 38), é “um fenômeno completo e um dos seus pressupostos essenciais é a liberdade, para que os agentes econômicos façam o melhor uso de sua capacidade intelectual e organizem da melhor maneira possível

⁶⁷ Como afirma PEREIRA (2001, p. 6-7), porém, a nossa ordem constitucional impõe que essa exploração o escopo de assegurar existência digna a todos e justiça social.

os fatores de produção de bens ou de prestação de serviços, de modo a obter produtos de boa qualidade e a oferecê-los no mercado a preços atraentes".⁶⁸

Mas, de fato, a definição anterior nos diz apenas acerca de um fim presumido da concorrência e estabelece uma ligação direta e sem falhas entre esta, o aprimoramento dos produtos, os preços e a angariação da clientela.

Já para Fábio Ulhoa COELHO (2003b, p. 189-190) o elemento fundamental da concorrência, sua essência, "é o intuito de alargar a clientela, em prejuízo de concorrentes dedicados ao mesmo segmento de mercado" - ou seja, "na concorrência, os empresários objetivam, de modo claro e indisfarçado, infligir perdas a seus concorrentes, porque é assim que poderão obter ganhos".

A concorrência, portanto, acontece na luta pela clientela.⁶⁹ Serão os meios como essa batalha se perfaz,⁷⁰ as formas de captação da clientela, de acordo ou não com um determinado código de conduta, que a tornará admissível ou não.⁷¹ Daí a possibilidade em se falar de um "*princípio da correção profissional*", considerando as práticas ou meios de atuação no mercado (PEREIRA, 2001, p. 15), princípio este que exige sempre a liberdade de escolha do consumidor.

§ 3.3.3 Concorrência e liberdade de informação e escolha

Para os teóricos da Escola de Chicago (da tradição neoclássica) o valor objetivo do direito concorrencial é a "eficiência", considerada esta, em linhas gerais, como "a habilidade de produzir a custos menores e, consequentemente, reduzir os preços para o consumidor". Assim, associada ao bem-estar do consumidor, a eficiência é derivada automaticamente ou presumida da redução dos preços. Para isso essa escola permitirá restrições à própria concorrência e a existência de monopólios – muito

⁶⁸ Também citada em PEREIRA, 2001, p. 5.

⁶⁹ "Toda a luta da concorrência econômica, no comércio e na indústria, como, aliás, em outras profissões, desenrola-se em torno da clientela" (CERQUEIRA, 1956, p. 366).

⁷⁰ "Como as motivações e os efeitos da concorrência desleal são idênticos, a diferença entre elas se encontra no meio empregado para conquistar a preferência dos consumidores" (COELHO, 2003b, p. 190).

⁷¹ Por evidente, aqui um lugar de destaque à Publicidade, como afirma Isabel VAZ (1993, p. 27): "Já não, é apenas a preço do produto que funciona como atrativo. A 'forma' pela qual a tecnologia a 'apresenta' ao, consumidor, por meios das mais sofisticadas técnicas publicitárias, constitui um fator ainda não suficientemente analisado enquanto, 'meio concorrencial', acrescentando novos elementos à teoria da concorrência". Também citada em PEREIRA, 2001, p. 17.

embora estes dificilmente queiram dividir lucros com o consumidor ou baixar os preços na proporção do ganho em “eficiência” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 23-24).

Consideram, por outro lado, os teóricos da Escola de Freiburg (da tradição ordo-liberal) que a garantia da competição é o verdadeiro fundamento de funcionamento de uma economia de mercado. Cabe então dar as condições para a “autocoordenação” e “autocontrole”,⁷² verificável pela existência ou não de barreiras à entrada de outros competidores no mercado. A preocupação passa a ser não somente com os concorrentes, mas também com a liberdade de escolha e decisão do consumidor. Mas é de ver que para que se realizem as condições dos ordo-liberais, ou seja, que o próprio mercado venha descobrir as melhores opções, são necessárias duas condições: (i) a livre e correta transmissão da informação e (ii) a liberdade de escolha (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 27-29).

A legislação brasileira (Lei 8.884/1994) procurou conciliar essas duas correntes requisitando para aprovação das concentrações econômicas não somente o ganho de eficiência (artigo 54, §1º, inc. I, “c”) mas também que os benefícios decorrentes da concentração “sejam distribuídos eqüitativamente entre seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro” (artigo 54, inc. II) (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 33-37).

§ 3.3.4 A concorrência ilícita

A denominação “concorrência desleal” sugere a existência de elemento subjetivo na constatação da ilicitude, o que já não é exigido pela legislação atual, que tem como suficientes os aspectos objetivos. Além disso, a deslealdade é conceito de difícil delimitação. Porém, conquanto, por tais razões, prefira-se a expressão “concorrência ilícita”, a outra se tornou corrente, de forma que se aqui utiliza os termos indistintamente.

Fábio Ulhoa COELHO (2003b, p. 189) considera duas hipóteses de concorrência ilícita: (i) a concorrência desleal, na qual as lesões estão circunscritas ao

⁷² O que significa esse “autocontrole”? SALOMÃO FILHO, procurando justificar o controle estatal afirma que “para uma ordem econômica que pretende se autocontrolar, o poder econômico do mercado deve ser fiscalizado e, quando excessivo ou abusivo, reprimido” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 50).

interesse do empresário “vitimado”; e (ii) as infrações à ordem econômica, quando há ameaça às estruturas da economia de mercado.⁷³

Em resumo, diga-se que a concorrência desleal relaciona-se com os impasses decorrentes de um enfrentamento individual enquanto que as infrações à ordem econômica diriam respeito às ofensas aos fundamentos do mercado.

O bem jurídico tutelado, entretanto, é objeto de disputa teórica: ora seria “a proteção do fundo de comércio; ora o aviamento; ora a proteção da atividade empresarial; ora a tutela da clientela; ora a defesa do patrimônio alheio; ora a tutela de um direito da personalidade, por se tratar de manifestações da pessoa jurídica suscetíveis de proteção (v.g. nome e criações intelectuais); ora o fundamento está no respeito à moral profissional, usos e costumes do comércio, colocando-se como ilícito civil” (PEREIRA, 2001, p. 11).⁷⁴

§ 3.3.5 Pressupostos da concorrência ilícita

Ofendem a ordem econômica, a se ver o teor do artigo 20 da Lei 8.884/1994 (Lei antitruste), independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir, ainda que não sejam alcançados, os efeitos de limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, dominar mercado relevante de bens ou serviços, aumentar arbitrariamente os lucros e exercer de forma abusiva posição dominante.

Como se vê, para que se caracterize a ilicitude na concorrência não há necessidade da intenção de praticar ato que venha resultar em prejuízo ao concorrente, bastando a culpa. Tampouco necessita ocorrer dano, sendo suficiente o risco. Isso porque a clientela não pode ser tomada como propriedade.⁷⁵

⁷³ Fábio Ulhoa COELHO faz ainda uma segunda subdivisão, separando a concorrência desleal genérica da concorrência desleal específica. A primeira é composta das práticas de condutas lesivas aos direitos de propriedade intelectual titularizados por empresários tipificadas penalmente (p. ex, a violação do segredo de empresa ou pela indução do consumidor em erro, caso da publicidade enganosa). A segunda corresponderia à responsabilidade extracontratual.

⁷⁴ Para OLIVEIRA ASCENSÃO (1997, p. 33) a concorrência ilícita se configura através de (i) aproveitamento, (ii) agressão, (iii) contra os consumidores e (iv) (mera) desorganização do mercado.

⁷⁵ Como afirma Carlos OLAVO (1997, p. 22), “Não existe, pois, um direito sobre a clientela. mas direitos de clientela seriam aqueles que representam um meio de conquista e fixação da clientela, assegurando assim determinada posição aos agentes econômicos em confronto com os concorrentes no exercício das suas atividades econômicas”.

Outro requisito é a colisão de interesses. Porém a concorrência ilícita pode ocorrer também da união de interesses, como nos acordos para majoração de preços. Assim essa colisão de interesses não necessita ocorrer somente entre empresários, mas pode existir com os interesses da sociedade. E quando ocorre entre empresários, outro elemento deve ser integrado: a mesma atividade e o mesmo ramo de negócios. Isso não significa necessariamente “lugar”, que hoje perde espaço na definição da concorrência para “uma concepção difusa e imprecisa, uma vez que, por exemplo, o consumidor uruguai pode fazer parte da clientela de determinado empresário brasileiro, em razão da potencialidade da circulação de bens e serviços deste, e vice-versa, graças à integração comunitária existente”(PEREIRA, 2001, p. 9).

Não se pode pensar em ilicitude na concorrência sem a existência da clientela, que é seu pressuposto. Trata-se, evidentemente, da clientela comum, atingida por produtos semelhantes.

Por fim, independentemente dos requisitos anteriores, a ilicitude somente irá existir se o ato praticado afronte o dever de correção profissional entre os agentes do mercado, o que inclui preceitos legais e éticos.

§ 3.3.6 A concorrência no âmbito legislativo

Repare que a mesma Constituição que tem a livre concorrência como princípio também impõe limites ao “abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, a eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros” (inc. 30, art. 173, CF). Ou seja, não se trata de liberdade incondicional, mas regulada pela lei. E não somente pela lei, pela atuação do Estado (reserva de mercado, fiscalização, incentivo e planejamento), mas pelos próprios agentes do mercado, que podem estabelecer entre si limites às suas atividades econômicas.

O fenômeno da concorrência possibilita dois enfrentamentos através da ótica legal: (i) a institucional, que se refere às condutas contrárias à livre iniciativa e livre concorrência, regulada pela Lei Antitruste (Lei 8.884/94) e (ii) a individual, a respeito da atividade empresarial diretamente desenvolvida pelos competidores, com relação à clientela (distribuição de bens e serviços) e à propriedade industrial, regulada pelo direito civil e pela Lei da Propriedade Industrial – LPI (Lei 9.279/96) e

normas penais (PEREIRA, 2001, p. 8).⁷⁶ No âmbito internacional, o Brasil aderiu à Convenção da União de Paris,⁷⁷ integrada ao sistema legal nacional pelo Decreto 11.385/1914 e, posteriormente, pelo Decreto 1.263/1994.

A Lei 8.884/1994, de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e defesa da concorrência, está, por essas mesmas razões, diretamente voltada “à preservação do modo de produção capitalista”.⁷⁸ Essas previsões legais são operacionalizadas através do CADE, que é uma entidade criada pela Lei nº 4.137/1962 e foi que transformada em autarquia vinculada ao Ministério da Justiça pela Lei 8.884/1994.⁷⁹

⁷⁶ “O combate à concorrência desleal é integrado nas legislações acerca da propriedade industrial, as quais gozaram de proteção constitucional nas Cartas de 1934 (art. 113, ns. 18 e 19), 1937 (art. 136), 1946 (art. 141, § 1º), 1967 (art. 150, § 4º), na Emenda Constitucional n. 1/69 (art. 153, § 24)”. Continua o mesmo autor: “no bojo do Código Penal (Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940) o combate à concorrência desleal era tratado no art. 196, Capítulo IV, que foi revogado pelo Código de Propriedade Industrial de 1945, conjuntamente com os capítulos II e III (Crimes Contra o Privilégio de Invenção e Crimes Contra as Marcas de Indústria e Comércio). O Decreto-lei n. 7.903, de 27 de agosto de 1945, que então instituiu o Código de Propriedade Industrial, tipificou várias condutas como crimes de concorrência desleal, no Título IV (Crimes em matéria de Propriedade Industrial), Capítulo V, art. 178; no parágrafo único ressalvou ao prejudicado o direito de indenização por atos de concorrência desleal, não previstos como crimes; os praticados com o fim de prejudicar a reputação ou os negócios alheios, de criar confusão entre estabelecimentos comerciais ou industriais ou entre produtos e artigos postos no comércio” (PEREIRA, 2001, p. 20-21).

⁷⁷ O art. 10 bis, da Convenção de Paris de 1883 tem a seguinte redação: “1) Os países da União obrigam-se assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal. 2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrária aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. 3) Deverão proibir-se particularmente: 1º) todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão contra o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 2º) as falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 3º) as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade de mercadorias”. Na redação originária da Convenção da União de Paris, em 1883, não havia a definição de ato de concorrência, o que só passou a existir após a revisão de Haia, em 1925 (PEREIRA, 2001, p. 11-12).

⁷⁸ Por isso mesmo, segundo GRAU (2001, p. 246-247), a Lei 8.884/1994 “não é meramente uma nova lei antitruste”.

⁷⁹ É interessante consultar o extenso rol de condutas enumerado pelo art. 21 da Lei 8884/1994 que configuram a hipótese de infração à ordem econômica. Note também, porque nem todo ato concentrador deve ser entendido como maléfico ao mercado, que o § 1º do art. 54 da Lei 8884/1994, dispõe que o CADE poderá autorizar atos que venham limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, desde que (i) (i) tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente aumentar a produtividade, melhorar a qualidade de bens ou serviço, ou propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico; (ii) os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro; (iii) não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços e (iv) sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados. O inciso 2º do mesmo artigo estabelece que também poderão ser considerados legítimos tais atos desde que atendidas pelo menos três das condições previstas anteriormente, quando necessários por motivo preponderantes da economia nacional e do bem comum, e desde que não impliquem prejuízo ao consumidor ou ao usuário final.

A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis a penas de multa, publicação da decisão condenatória, proibição de contratar com instituições financeiras oficiais e participar de licitações, recomendação aos órgãos públicos competentes para que seja concedida licença compulsória de patentes de titularidade do infrator e não seja concedido ao infrator parcelamento de tributos federais por ele devidos ou para que sejam cancelados, no todo ou em parte, incentivos fiscais ou subsídios públicos; e a cisão de sociedade, transferência de controle societário, venda de ativos, cessação parcial de atividade, ou qualquer outro ato ou providência necessários para a eliminação dos efeitos nocivos à ordem econômica.

Evidentemente, nada pode impedir a atuação do Judiciário, seja para analisar pedidos efetuados diretamente pelos agentes, seja para rever decisões emanadas pelo CADE.

§ 3.3.7 A concorrência, o consumidor e a publicidade comparativa

Desde o processo iniciado com a Revolução Industrial, diz Adelaide Menezes LEITÃO (2005, p. 24), e que passou pela industrialização, comercialização e, por fim, a consumerização das sociedades humanas ocidentais, “a disciplina publicitária evade-se dos quadros estreitos do direito industrial e do direito da concorrência desleal e começa a construir-se em torno do novo direito do consumo”. É neste, e na passagem da clientela, como “objeto do direito do empresário”, ao consumidor, como “sujeito de direitos”, que vai determinar “uma nova retórica em torno da publicidade comparativa, permitindo salientar alguns aspectos vantajosos para a informação dos consumidores e para a transparência do mercado”.⁸⁰

No caso específico da publicidade comparativa, afirma Anxo Tato PLAZA, o debate que se desenvolveu no domínio das suas vantagens e dos seus inconvenientes “é resultado da própria evolução do Direito da Concorrência Desleal, o qual passou por três modelos muitos distintos: paleoliberal, profissional e social”.

O primeiro deles, “paleoliberal”, de ordem penal, é manifestamente avesso à publicidade comparativa. Já o outro, o modelo “profissional”, tenderia para a proteção do concorrente, reprimindo a comparação e “salvaguardando o próprio

⁸⁰ Já se vê, então, quais serão, no âmbito jurídico, os pontos de apoio do presente estudo: o direito concorrencial, os direitos industriais e os direitos do consumidor.

anonimato do empresário como direito inerente à sua esfera privada". É no modelo "profissional" que se desenvolveu jurisprudencialmente o *Hellegold Motiv*, calçado no entendimento de que "mesmo que o concorrente oferecesse os produtos de menor qualidade no mercado, não tinha de ser confrontado com qualquer comparação para aumentar a capacidade empresarial de outros concorrentes".

Somente no último, o modelo "social", o qual se permite levar em consideração, em uma só tomada, tanto o consumidor, o interesse da sociedade, e o direito concorrencial, foi possível alcançar "abrangência para visualizar a natureza filoconcorrencial da publicidade comparativa, autonomizando-a do Direito da Concorrência desleal e inserindo-a no plano da defesa do consumidor".⁸¹

De fato, essa ordem de entendimentos permite isolá-la do conceito de concorrência desleal,⁸² mas - evidentemente - não de todo o instrumental do Direito Concorrencial, como também, por outro lado, o Direito do Consumidor não abarca todas as suas nuances.

Na realidade, o consumidor "é o sujeito central mas fantasmagórico do Direito Concorrencial". É seu critério de aplicação, em especial na análise das exceções à proibição de práticas anticoncorrenciais e no controle dos atos de concentração. Comumente é integrado a uma noção mais geral relacionada ao progresso econômico (MELEDO-BRIAND, 2000, p. 39-59).⁸³ É este claramente o caso do inciso 1º. do art. 54 da Lei 8.884/1994, que coloca o consumidor como critério para a excepcionalização de atos que limitem ou prejudiquem a livre concorrência ou resultem na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços.

Ou seja, através da noção de consumidor, o legislador promove uma espécie de balanceamento econômico. Daí defender SALOMÃO FILHO (2003, p. 84) que o consumidor será destinatário direto das normas de proteção à concorrência sempre que puder caracterizar que é diretamente através dele que a concorrência desleal está se praticando.⁸⁴

⁸¹ Anxo Tato PLAZA apud LEITÃO, 2005, p.4-5.

⁸² Na doutrina nacional, Marco Antonio Marcondes PEREIRA (2001) ainda a supõe como relacionada à concorrência desleal. Estaria, então, a julgar a classificação de Anxo Tato PLAZA, filiado ao entendimento "paleoliberal".

⁸³ A doutrinadora cuida do direito comunitário europeu, mas suas conclusões também se aplicam ao caso brasileiro.

⁸⁴ É o caso, por exemplo, do "preço-chamariz", que se destina unicamente a criar uma falsa impressão de diminuição de preços. Através desse procedimento desleal atinge-se diretamente o consumidor. Importa, no caso, ver se, de fato, são ofertas substanciais, o que poderá ser constatado pela verificação dos preços praticados durante um substancial período de tempo, isto é, analisando-se a "história mercadológica" do produto (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 86-87).

Com relação às mensagens publicitárias, de um lado, continua SALOMÃO FILHO (2003, p. 86), é preciso ser liberal, pois está comprovado que elas estimulam a competição. Mas, “de outro, é preciso regulá-las, *de modo a fazer com que incluam ao menos uma quantidade razoável de informação*, e de maneira a tornar ilegal formas extremas de publicidade sugestiva”.

Por outro lado, embora da publicidade comparativa não decorra necessariamente a deslealdade (ou ilicitude) na concorrência, importam sim à concorrência os atos publicitários. Por exemplo, “a concorrência pode ser substancialmente alterada e até falseada pela publicidade enganosa”. Além disso, “o efeito informativo e concorrencial de uma mensagem publicitária sobre preços é muito relevante” (SALOMÃO FILHO, 2003, p. 85-86).

O que se vê, ao final, é que o Direito Concorrencial, que é calçado na liberdade e possibilidade da escolha, deve garantir “(a) liberdade de escolha e (b) máxima precisão possível de informações transmitidas” (SALOMÃO FILHO, 2002, p. 27). Ou, em outras palavras, deve o direito concorrencial “afiançar (i) a objetividade, ou autenticidade, da oferta; e (ii) a liberdade, ou genuinidade, da escolha” (ASCENSÃO, 2002, p. 13).⁸⁵

Nesse pensar, embora o Direito Concorrencial talvez não albergue o interesse-proteção do consumidor, deve-se manter que cuida do interesse-satisfação. Isso porque “o interesse protegido pelas regras de concorrência é a preservação de uma estrutura de mercado caracterizado por ser um mercado aberto, no qual as modificações da oferta e da procura se refletem nos preços, a produção e a venda não sejam artificialmente limitadas e a liberdade de escolha dos fornecedores, compradores e consumidores não seja posta em causa” (OLAVO, 1997, p. 153).⁸⁶

Nessa ordem de idéias é que CUELLAR (2004, p.51) defende que “com a previsão da possibilidade de intervenção do Estado na economia (...) “protege-se a liberdade de concorrência, a qual envolve autorização aos agentes econômicos para ingressarem no mercado e agirem livremente na conquista da clientela, *bem como a faculdade de os clientes ou consumidores escolherem os produtos ou serviços que necessitam*”.

⁸⁵ Também citado em PEREIRA, 2001, p. 13.

⁸⁶ As denominações interesse-proteção e interesse-satisfação são de MELEDO-BRIAND (2000, p. 39-59).

3.4. PROPRIEDADE INTELECTUAL

Apreciada a concorrência através do prisma da legislação antitruste (institucional), envereda-se pelas relações entre os competidores (individual), abordando-se, especialmente, questões afetas à marca e às expressões publicitárias.

§ 3.4.1 Propriedade industrial e direitos autorais

A doutrina parte de separação entre arte e técnica. Assim, as criações *artísticas* “englobam as obras literárias, escritas ou orais; as obras musicais, cantadas ou instrumentadas; e as obras estéticas bidimensionais (desenhos, pinturas, gravuras, litografias, fotografias etc.) ou tridimensionais (esculturas e obras de arquitetura)” enquanto que, por seu lado, as criações *técnicas* referem-se às invenções, seja “as descobertas nos diversos campos da física, da química, da biologia, da astronomia etc”.⁸⁷

Segue que, no Direito, a propriedade intelectual é o gênero a conter as disciplinas concernentes ao Direito Autoral (atendo-se às obras literárias, artísticas e científicas) e a da propriedade industrial (que trata das invenções e dos sinais distintivos do comércio).⁸⁸

Classificação de ordem didática, no entanto, já que, com a emergência de novos fenômenos, passaram o Direito Autoral e o Direito da Propriedade Industrial a

⁸⁷ Para CERQUEIRA (1956, p. 22) há uma tríplice esfera de proteção jurídica das formas estéticas e utilitárias do mundo empresarial (nome comercial, marca, insígnia, expressão de propaganda, invenção modelo, desenho, embalagens): direito do autor, propriedade industrial e concorrência desleal.

⁸⁸ Ao que parece, Daniele Maia Teixeira COELHO tem entendimento diverso, a partir de Pontes de Miranda: “a disciplina dos direitos que têm por objeto obras de criação literária, artística e científica e obras que se destinam a fins práticos na produção e distribuição de outros bens e serviços foi dividida em duas partes quase estanques do direito das coisas: a da propriedade intelectual (obras literárias, artísticas e científicas) e a da propriedade industrial, que começa – nas fronteiras da criação intelectual – com as invenções e vai terminar na simples marcação de produtos destinados ao comércio” (2003, p. 130). Denis Borges BARBOSA (2003) é mais direto: “tem-se, assim, correntemente, a noção de Propriedade intelectual como a de um capítulo do Direito, altissimamente internacionalizado, compreendendo o campo da Propriedade Industrial, os direitos autorais e outros direitos sobre bens imateriais de vários gêneros”. Prefere-se esta última definição, na qual a Propriedade Intelectual aparece como gênero. O Capítulo deve muito ao estudo promovido por Daniele Maia Teixeira COELHO (2003), “A publicidade comparativa e o seu tratamento legal”. As referências à obra de Denis Borges BARBOSA são efetuadas sem a menção da página porque

compor um ambiente híbrido.⁸⁹ É o caso da obra publicitária que “compreende, além das criações intelectuais inseridas no campo do direito autoral, as marcas de indústria e de comércio, os sinais de propaganda, os *slogans*, os desenhos industriais, os quais estão tutelados pela legislação da Propriedade Industrial”. Assim, apesar do risco da possibilidade de duplicidade de tutela ou de objetos, “muitos entendem ser perfeitamente possível a sua dupla proteção, ou seja, enquadrar-se-á nas regras de direito autoral, quando constituída de originalidade e criatividade, e nas de direito industrial, quando revestida de caráter utilitário” (COELHO, 2003, p. 130).

§ 3.4.2 Propriedade intelectual: tratamento legislativo

A Constituição de 1988 assegura (artigo 5º, XXIX) privilégio temporário aos autores de inventos industriais para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos. Deixou claro o constituinte, entretanto, que privilégios somente tem sentido em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país.

Os teóricos, em geral, concordam com o *caráter jurídico de propriedade* no que se refere ao conteúdo dos direitos sobre os bens da propriedade industrial, diferindo em graus.⁹⁰ Direito real, decorre do registro, no caso junto ao Instituto Nacional da Propriedade Industrial.

originaram da versão digital disponibilizada pelo autor no endereço eletrônico <<http://nbb.com.br/public/down.html>>, já que está esgotada a versão impressa da 1ª edição.

⁸⁹ O hibridismo teria decorrido desses os fenômenos: (II) “a utilização do direito autoral, nas chamadas indústrias culturais, primordialmente como meio de proteção ao investimento e não da criatividade estética ou científica” e (ii) “o do surgimento de novos objetos de proteção, alvo de novas modalidades de direito, ditas ‘proteções híbridas’, nem patentes, nem direitos autorais” (BARBOSA, 2003). Ver a discussão sobre o tema em § 3.4.4. Sobre o desenvolvimento histórico da propriedade industrial consultar COELHO, 2003, p. 132.

⁹⁰ GAMA CERQUEIRA e Luiz LEONARDOS atribuem a natureza jurídica de propriedade, pois o seu titular teria as faculdades de uso, gozo e disposição, bem como de reivindicação da obra. TROLLER também equipara os direitos de propriedade intelectual a um direito de propriedade, mas esclarece que existe uma diferença entre aqueles direitos e o direito sobre as coisas corpóreas. José Roberto D’AFFONSECA GUSMÃO propõe a Teoria da Propriedade com Regulamentação *sui generis*, já que (i) os princípios da especialidade e o da territorialidade restringem o caráter absoluto relativo à propriedade, (ii) não se vislumbra nestes a possibilidade de disputa possessória, (iii) a sanção penal difere e (iv) reclamam legislação especial (apud COELHO, 2003, p. 131). Repare que se a propriedade industrial relaciona-se com a propriedade, também a ela se aplica o princípio constitucional da função social.

É a lei 9279/1996 (LPI) que atualmente rege as disposições sobre a matéria. Seu artigo 129 assegura a exclusividade da propriedade da marca registrada enquanto o artigo 131 a protege do uso “em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular”.

O artigo 132 da LPI, não obstante, dispõe que o titular da marca não poderá impedir que (i) comerciantes ou distribuidores utilizem sinais distintivos que lhes são próprios, juntamente com a marca do produto, na sua promoção e comercialização, (ii) que fabricantes de acessórios utilizem a marca para indicar a destinação do produto, desde que obedecidas as práticas leais de concorrência, (iii) impedir a livre circulação de produto colocado no mercado interno, por si ou por outrem com seu consentimento, (iv) impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação empresarial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.

O artigo 189 da LPI dispõe que comete crime contra registro de marca quem reproduz, no todo ou em parte, marca registrada sem autorização do titular, ou imita-a de modo que possa *induzir confusão* ou altera marca registrada de outrem já apostila em produto colocado no mercado. Já o artigo 190 criminaliza a conduta de quem importa, exporta, vende, oferece ou expõe à venda, oculta ou tem em estoque produto assinalado com marca ilicitamente reproduzida ou imitada, de outrem, no todo ou em parte ou produto de sua indústria ou comércio, contido em vasilhame, recipiente ou embalagem que contenha marca legítima de outrem.

Quanto aos ilícitos cometidos por meio de marca, título do estabelecimento e sinal de “propaganda”, o artigo 191 considera crime reproduzir ou imitar (como também vender, expor à venda ou oferecer), de modo que possa *induzir em erro ou confusão*, armas, brasões ou distintivos oficiais nacionais, estrangeiros ou internacionais, sem a necessária autorização, no todo ou em parte, em marca, título de estabelecimento, nome comercial, insígnia ou sinal de propaganda, ou usar essas reproduções ou imitações com fins econômicos.

Igualmente caracteriza-se atividade criminosa, pelo artigo 193 da LPI, não ressalvar, em determinadas situações e itens, a verdadeira *procedência* do produto. Também é ilícito, segundo o art. 194 da LPI, usar marca, nome comercial, título de estabelecimento, insígnia, expressão ou sinal de ‘propaganda’ ou qualquer outra forma que indique procedência que não a verdadeira, ou vender ou expor à venda produto com esses sinais.

Por sua vez, o artigo 195 da LPI identifica como crime de concorrência desleal várias condutas, entre elas daquele que (i) publica, por qualquer meio, falsa afirmação, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem, (ii) presta ou divulga, acerca de concorrente, falsa informação, com o fim de obter vantagem, (iii) emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem, (iv) usa expressão ou sinal de propaganda alheios, ou os imita, de modo a criar confusão entre os produtos ou estabelecimentos, (v) divulga, explora ou utilize-se, sem autorização, de conhecimentos, informações ou dados confidenciais, utilizáveis na indústria, comércio ou prestação de serviços, excluídos aqueles que sejam de conhecimento público ou que sejam evidentes para um técnico no assunto, a que teve acesso mediante relação contratual ou empregatícia, mesmo após o término do contrato.⁹¹

As condutas ilícitas relacionadas à propriedade industrial podem, então, ser resumidas em (i) atos tendentes a criar confusão, (ii) atos tendentes a denegrir a reputação, (iii) atos publicitários enganosos, (iv) atos que visem a prejudicar um concorrente e (v) atos que divulguem segredos (CERQUEIRA, 1956, p. 276).⁹²

§ 3.4.3 Marcas e concorrência desleal: desvio da clientela

A marca tem como funções: individualizar o produto, identificar a sua origem e garantir a qualidade.⁹³ Dessa forma o consumidor “saberá que os produtos com aquela marca têm origem comum, o que lhes atribui a mesma qualidade” (COELHO,

⁹¹ São apenas alguns itens, mais diretamente relacionados com o que aqui se estuda. Repare que a lei interpõe exceção, através do item 2º, do artigo 195, excluindo da imputação criminosa “quando à divulgação por órgão governamental competente para autorizar a comercialização de produto, quando necessário para proteger o público”.

⁹² Também citado em COELHO, 2003, p. 145.

⁹³ “A marca para cumprir sua finalidade precípua deverá se apresentar ao mercado assinalando e distinguindo produtos e serviços” (SOARES, 1997, p. 216). E também: “A função da marca ... ela atua, em essência, no plano comercial do ponto de vista público, na defesa do consumidor, evitando confusão; e do ponto de vista privado, auxiliando o titular no combate à concorrência desleal” (DI BLASI, 1997, p. 162). No mesmo sentido também BITTAR, 1993, p. 99. Ressalte-se que hoje a marca não mais necessariamente identifica o fabricante (por exemplo, automóveis Volvo fabricados pela Ford) e tampouco a origem (já que, no ramo automobilístico, por exemplo, as peças e o próprio veículo são produzidos em variados locais do mundo). A LPI dedica todo o Capítulo I do Título III às marcas (artigos 122 a 164). O artigo 123 faz a diferenciação entre marca de produto ou serviço (usada para distinção), marca de certificação (usada para atestar a conformidade de um produto ou serviço com determinadas normas ou especificações técnicas, notadamente quanto à qualidade, natureza, material utilizado e metodologia empregada) e- marca coletiva (que identifica os produtos ou serviços provindos de membros de uma determinada entidade).

2003, p. 133). A marca, então, primordialmente, *distingue*, para fins de reconhecimento pelo consumidor, *um produto ou serviço de outro*.⁹⁴

Dois são os princípios exclusivos das marcas: o da especialidade e o da territorialidade. O primeiro diz respeito à atividade exercida pelo titular da marca, limitando a proteção a essa atividade. As marcas de alto renome excepcionam este princípio, estando protegidas em todos os ramos de atividade. O princípio da territorialidade restringe a proteção ao país onde foi registrada a marca. Mas aqui também há exceção, no caso para as marcas notoriamente conhecidas (COELHO, 2003, p. 133).

Há duas categorias de direitos relacionadas à marca. Uma delas diz respeito à tê-la como direito exclusivo,⁹⁵ como bem imaterial e, então, oponível *erga omnes*. É, enfim, a defesa da propriedade (industrial), de natureza real, que se realiza por meio da ação de contrafação e tem respaldo no artigo 5º, XXIX da Carta Magna e nos artigos 129 e 130, da LPI.⁹⁶ A outra categoria é aquela que advém da participação da empresa no mercado e seu direito de ajustar o comportamento daqueles operadores econômicos que, para angariar ou desviar clientela, promovam confusão entre os produtos utilizando-se dos sinais distintivos. Aqui o remédio jurisdicional é a ação de concorrência desleal. Haverá concorrência desleal sempre que o concorrente se aproveitar “indevidamente de criação ou de elemento integrante do avultamento alheio, para captar, sem esforço próprio, a respectiva clientela” (BITTAR, 1989, p. 37).

Dessas duas categorias surge a solução engendrada por GAMA CERQUEIRA (1956, p. 368): “quando esses sinais distintivos se acham registrados como marcas, a hipótese cai sobre o domínio da lei respectiva, sendo punível como contrafação (Código, art. 175, 11). Tratando-se de sinais não registrados, é condição essencial à ação baseada em concorrência desleal que esses sinais, além de reunirem os

⁹⁴ É o que afirma Carlos OLAVO (1997, p. 38): “a marca tem por função distinguir produtos ou serviços”.

⁹⁵ A propriedade privada também é assegurada pela Constituição em vigor. No entanto, tanto a propriedade material como imaterial tem suas limitações, visando sempre o bem comum, como já revelado quando se abordou a ordem econômica constitucional.

⁹⁶ Art. 5º, XXIX, CF: “a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País”.

Art. 129, LPI: “A propriedade da marca adquire-se pelo registro validamente expedido, conforme as disposições desta lei, sendo assegurado ao titular seu uso exclusivo em todo o território nacional, observado quanto às marcas coletivas e de certificação o disposto nos arts. 147 e 148”;

Art. 130, LPI: “Ao titular da marca ou ao depositante é ainda assegurado o direito de: (...) III – zelar pela sua integridade material ou reputação”.

requisitos intrínsecos que os tornem distintivos e suscetíveis de constituir marcas, estejam em uso prolongado, de modo a se tornarem conhecidos, como marca dos produtos concorrentes".

Em ambas as situações o que se deseja preservar é a identificação advinda da marca e evitar a possibilidade de confusão ou erro quanto à origem ou conteúdo do produto (COELHO, 2003, p. 149). Pois que "quanto mais valorizada fica a marca pela publicidade comercial, o que se aquilata pelo alto grau de sua aceitação junto ao público consumidor, mensurável pela pertinente 'pesquisa de mercado' (...), inversamente mais devastadores serão os efeitos do ato de concorrência desleal em que se resolve o ataque à sua fama ou reputação (...)" (DUVAL, 1976, p. 111).

O desvio da clientela é efeito que pode decorrer dessa confusão ou erro, mas que também tem possibilidade de surgir via denigração da marca. É que "sem a reputação, a situação mais bem conquistada no mercado não se manterá". Além disso, "a reputação faz a marca" e "a marca assegura a clientela", de forma que "a clientela segue a reputação e a marca" (COELHO, 2003, p. 136).

Note que o aliciamento da clientela, como já dito, é ato lícito. O que se coíbe é o emprego de meios fraudulentos (inciso III do artigo 195 da LPI). Tanto a provocação de confusão entre marcas como a denigração destas, com o sentido de desviar a clientela, são meios fraudulentos.

§ 3.4.4 Proteção dos sinais e expressões publicitárias

Para analisar o terreno que circunscreve as disputas entre os próprios agentes publicitários nos casos que envolvem o uso de expressões de publicidade, o campo a ser visto é o dos direitos autorais,⁹⁷ direitos esses que, por sua vez, também foram abrigados constitucionalmente (incisos XXVII e XXVIII do artigo 5º).

Os direitos autorais podem ser subdivididos em morais (Capítulo II da LDA) e patrimoniais (Capítulo III da LDA). Os primeiros dizem respeito obra publicitária como expressão da personalidade do autor. Os direitos daí decorrentes são os de paternidade (ligar seu nome ao da obra produzida), nominação da obra, direito de mantê-la íntegra como de alterá-la, direito de retirá-la de circulação. Já os direitos

⁹⁷ Utiliza-se a expressão "direitos autorais" como gênero, a conter as espécies "direito do autor" e "direitos conexos".

patrimoniais relacionam-se com a exclusividade de exploração, ou seja, direitos de representação e reprodução.

Segundo o artigo 7º da LDA são obras intelectuais protegidas as criações do espírito, expressas por qualquer meio ou fixadas em qualquer suporte, tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro, tais como, (I) os textos de obras literárias, artísticas ou científicas, (II) as conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza, (III) as obras dramáticas e dramático-musicais, (IV) as obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por outra qualquer forma, (V) as composições musicais, tenham ou não letra, (VI) as obras audiovisuais, sonorizadas ou não, inclusive as cinematográficas, (VII) as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, (VIII) as obras de desenho, pintura, gravura, escultura, litografia e arte cinética, (IX) as ilustrações, cartas geográficas e outras obras da mesma natureza, (X) os projetos, esboços e obras plásticas concernentes à geografia, engenharia, topografia, arquitetura, paisagismo, cenografia e ciência, (XI) as adaptações, traduções e outras transformações de obras originais, apresentadas como criação intelectual nova, (XII) os programas de computador, e (XIII) as coletâneas ou compilações, antologias, enciclopédias, dicionários, bases de dados e outras obras, que, por sua seleção, organização ou disposição de seu conteúdo, constituam uma criação intelectual.

O artigo 10 ainda acrescenta que a proteção à obra intelectual abrange o seu título, se original e inconfundível com o de obra do mesmo gênero, divulgada anteriormente por outro autor.

Ao contrário, como estatui o artigo 8º, não são objeto de proteção como direitos autorais (I) as idéias, procedimentos normativos, sistemas, métodos, projetos ou conceitos matemáticos como tais, (II) - os esquemas, planos ou regras para realizar atos mentais, jogos ou negócios, (III) os formulários em branco para serem preenchidos por qualquer tipo de informação, científica ou não, e suas instruções, (IV) os textos de tratados ou convenções, leis, decretos, regulamentos, decisões judiciais e demais atos oficiais, (V) as informações de uso comum tais como calendários, agendas, cadastros ou legendas, (VI) os nomes e títulos isolados e (VII) o aproveitamento industrial ou comercial das idéias contidas nas obras.

Evidentemente que o *slogan* publicitário, que se caracteriza “*por evocar en la mente del consumidor no un concepto único, sino una asociación de pensamientos o*

conceptos" (NÓVOA apud BARBOSA, 2003),⁹⁸ é amparado pela via do Direito Autoral. Não, evidentemente, enquanto idéia, mas como expressão materializada, inserida em um suporte difusor. Porém, até mesmo porque a obra publicitária é coletiva, não é somente o slogan que merece proteção: "além das legendas, integrante verbal de um conjunto verbicovisual, a proteção abrange o próprio conjunto (as quatro bocas da "Lugolina", ou as três mulheres do sabonete "Araxá"; a lua oval da Esso), elementos puramente visuais (a girafa de "A Exposição, o elefante do Jornal do Brasil"), ou elementos exclusivamente verbais. Estes podem ser palavras isoladas, frases (o *slogan*: "O príncipe veste hoje o homem de amanhã") ou textos em versos ("veja ilustre passageiro ...")" (BARBOSA, 2003).

A obra publicitária, ainda que normalmente coletiva, para a qual concorrem o redator, o desenhista, fotógrafos, produtores de audiovisuais e de som, músicos, atores e muitos outros, é protegida pela LDA através da letra h, inciso VIII, do artigo 5º. Entretanto, o § 2º do artigo 17 da mesma lei prevê que "cabe ao organizador a titularidade dos direitos patrimoniais sobre o conjunto da obra coletiva", ou seja à *agência*.

Esses direitos, por sua vez, podem ser cedidos ao anunciante, mesmo porque na maioria das vezes trata-se de obra sob encomenda. Presume-se, em todo caso, que tais direitos (autorais patrimoniais), pertencem, no caso da mensagem publicitária, à agência. Já os direitos autorais morais ficam resguardados aos criadores da obra publicitária.

O artigo 73 da Lei 5.772/71 conceituava as expressões de publicidade como "toda legenda, anúncio, reclame, frase, palavra, combinação de palavras, desenhos, gravuras, originais e característicos que se destinem a emprego como meio de recomendar quaisquer atividades lícitas, realçar qualidades de produtos, mercadorias ou serviços, ou a atrair a atenção dos consumidores ou usuários".

Mas, revogada a Lei 5772/71, a atual Lei da Propriedade Industrial nenhuma referência mais fez às expressões ou sinais de publicidade. Aliás, ao contrário, afirma que não serão registráveis como marca o "sinal ou expressão empregada apenas como meio de propaganda" (art. 124, VII). Com isso "transferiu sua proteção para o Direito Autoral".⁹⁹

⁹⁸ [por evocar na mente do consumidor não um conceito único, mas uma associação de pensamentos ou conceitos].

⁹⁹ Não é esse o pensamento de Denis Borges BARBOSA (2003): "Na atual legislação, a definição continua aplicável, eis que, no contexto da concorrência desleal, a função dos sinais e expressões de

Porém, “como o registro autoral é meramente declaratório e facultativo para o autor, dúvidas sobre a titularidade de certas criações geram uma desnecessária insegurança jurídica, que se agrava ao lembrarmos que o autor – pessoa física – pode pleitear em juízo seus direitos autorais de natureza moral, inclusive os de retirar uma obra de circulação e pedir vultosas indenizações” (ROSA, 2004).

Imagine-se a cessão dos direitos autorais da expressão publicitária à agência ou ao anunciante. A estes sobraria o registro da expressão junto ao INPI como *marca*, isto somente quanto àquelas “que já incorporaram uma função distintiva semelhante a que as marcas possuem, devido ao seu uso perante aos consumidores” (ROSA, 2004).¹⁰⁰ Ou, além desta – e também por esta –, a proteção da repressão à concorrência desleal (artigo 195, IV, LPI), mas que restrita aos casos nos quais há relação de concorrência.

Assim, em linhas gerais, no âmbito dos direitos autorais, o autor, titular dos direitos sobre o sinal ou da expressão publicitária, poderá buscar tanto os direitos morais como os patrimoniais atingidos pela contrafação (plágio, imitação, reprodução não autorizada). Ao cessionário (agência de publicidade ou anunciante), entretanto, só lhe são possíveis os direitos patrimoniais. Já no âmbito da propriedade industrial, esse cessionário poderá defender seus direitos desde que o sinal ou expressão publicitária esteja registrada no INPI. E poderá também agir através dos institutos da concorrência desleal, mas, nesse caso, evidentemente, o pólo passivo passivo deverá ser composto por um seu concorrente.

§ 3.4.5 Monopólios e consumidor

Partindo-se do princípio de que, segundo o modelo econômico adotado, se “a *emulação*, competição agressiva, mas leal, entre os agentes econômicos, é o pressuposto da utilidade social da concorrência”, pode-se concluir que “gerando

propaganda continua intacto; alerta-se, apenas, o título de proteção, que passa de exclusivo, através de registro, a não exclusivo - mas tutelado no contexto da concorrência; ou, igualmente exclusivo, no contexto do Direito Autoral”.

¹⁰⁰ Dirceu Pereira de Santa ROSA (2004), aliás, aconselha as empresas e agências de publicidade a, primeiramente, tentar o registro do *slogan* como marca, mas também ver a possibilidade de registrar as expressões em cartórios ou como obras intelectuais, no caso através do Escritório de Direitos Autorais da Fundação Biblioteca Nacional.

produto de tecnologia superior, ou a menor preço, um concorrente pode, e mesmo deve, alijar o outro do mercado, para o bem comum” (BARBOSA, 2003).

Os Direitos de Propriedade Industrial, por seu lado, como diz Denis Borges BARBOSA, não resultam em uma propriedade absoluta, mas “*ela só existe em atenção ao seu interesse social e para propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”. Defende BARBOSA, que com a proteção ao direito autoral e à propriedade industrial concede-se certo *monopólio (jurídico e não econômico)*, a saber que “em termos muito genéricos, propriedade poderia ser definida como ‘controle jurídico sobre bens econômicos’” (BARBOSA, 2003).¹⁰¹

Em entendimento similar, Carlos OLAVO (1997, p. 30) procura conciliar os interesses: “os direitos privativos da propriedade industrial, enquanto direitos de exclusivo, introduzem elementos de monopólio na concorrência. Mas, na medida em que fomentam a vontade de cada empresa de desenvolver o valor econômico dos direitos de que é titular, em ordem a aumentar a sua capacidade de ganho, são também instrumento do progresso técnico e econômico”. Porém, disso advém a “necessidade de conjugar devidamente o interesse individual do empresário com os interesses gerais da economia e dos consumidores por forma a que o elemento de monopólio contido nos direitos privativos da propriedade industrial não dê lugar a posições abusivas de limitação da concorrência”.

Nesse mesmo sentido Pedro de Paranaguá MONIZ (2006, p. 11-33), em sua dissertação de mestrado, afirma que a restrição à regra geral de liberdade do mercado em favor dos direitos intelectuais é excepcionalmente autorizada pelo Estado na expectativa de que os benefícios das inovações decorrentes possam produzir para a sociedade. Aliás, cita entendimento da Suprema Corte Americana para quem o propósito primário das leis de patentes não é a criação de fortunas privadas para os proprietários dessas patentes, mas promover o progresso da ciência e dos ofícios úteis. O que pretende dizer, em última análise, é que o regime dos direitos intelectuais não visa um fim em si mesmo.

Ademais, “a própria noção de livre concorrência é, na essência, incompatível com a idéia da existência de um direito absoluto sobre um determinado bem juridicamente protegido ou com a atribuição de qualquer posição de domínio em termos de exclusivo sobre a concorrência” (OLAVO, 1997, p. 150).

Já se antevê aqui, então, do confronto entre esses monopólios jurídicos (da propriedade industrial e do direito autoral) e a publicidade comparativa, a possibilidade daqueles cederem em benefício da livre concorrência e, por consequência, do consumidor e do bem comum. É que enquanto o direito concorrencial garante a existência da escolha, o direito do consumidor encarrega-se da efetividade real dessas escolhas (KLEIN, 2004, p. 34).¹⁰² No fundo, portanto, a publicidade comparativa legitima-se não somente na liberdade de informação, mas no direito de escolha.

¹⁰¹ E exemplifica: “ao considerar o monopólio do sal contrário à *common law*, os tribunais ingleses levaram em conta os inúmeros empresários já operando no setor, que teriam de abandonar seu comércio (*Monopoly Case de 1604*)”.

¹⁰² Ou, como afirma Neil W. AVERITT (2003, p. 49): “uma violação antitruste deve ser entendida como uma atividade que imotivadamente destorça ou restrinja as opções que, de outro modo, estariam disponíveis aos consumidores. Uma violação ao regime de proteção ao consumidor pode ser entendida como uma atividade que imotivadamente interfira na seleção realizada dentre as opções fornecidas no mercado. Estes dois campos do direito, agindo conjuntamente, dão aos consumidores os instrumentos que eles necessitam para efetivamente exercitar a soberania do consumidor”.

4 PUBLICIDADE

Aqui se cuida, basicamente, de definir a natureza do fenômeno publicitário, selecionar seus requisitos básicos.¹⁰³ Trata-se, também, de apresentar a conceituação doutrinária e presente em textos legais.

Caberá investigar como se enquadram as mensagens publicitárias quanto às obrigações do consumo, mais propriamente a respeito dos efeitos decorrentes da oferta. Dir-se-á, então, aproveitando-se do conhecido enunciado, que “a publicidade obriga”.

Ao final se investirá através do fenômeno da auto-regulamentação publicitária e serão anotadas as regras que compõe o processo administrativo a cargo do CONAR.

¹⁰³ E sendo tais possibilidades inúmeras, natural o despertar do Direito sobre o tema. “Se, por um lado (positivo), ela informa, educa, incentiva a concorrência e favorece a produção e a circulação de riquezas, por outro lado (patológico), ela pode agir de forma a prejudicar a concorrência, abusar ou engrupir indetermináveis indivíduos a consumir algo prometido pelo anúncio publicitário, mas não cumprido, quando da realização do contrato de consumo, requerendo, desta forma, o seu controle pelo Estado ou por órgãos privados” (MARTINEZ, 2001, p. 13). Assim também Mara S.O.S. MARAN (2003, p. 134): “diante de sua importância no mercado e dos riscos que a Publicidade pode apresentar para os consumidores, surge a necessidade de seu regramento pelo Direito, com fins de coibir seus efeitos nocivos sobre a sociedade e proteger os consumidores de informações falsas, imprecisas, que não especificam corretamente quantidade, qualidade, preço dos produtos e serviços oferecidos”.

4.1 CARACTERÍSTICAS, ELEMENTOS

§ 4.1.1 Publicidade e “publicidade”

É sobre publicidade comparativa que se vai tratar. Diga-se, então, provisoriamente, que a mensagem publicitária comparativa é aquela que confronta bens ou serviços do anunciante com de terceiros ou do mercado em geral. Mas o que é, de fato, publicidade, o que é propaganda e o que é *marketing*?

Os autores, na maioria, relacionam “Propaganda” a uma prática discursiva, de caráter ideológico, visando influências de cunho político, civil ou religioso, ao passo que “Publicidade” significaria a atuação na esfera empresarial (MARANHÃO, 1988, p. 45).¹⁰⁴

Mas essa distinção propõe que a Publicidade seja destituída de composto ideológico, descuidando que mais que promover determinado produto, ela “vende” um estilo de vida.¹⁰⁵ Preferível a distinção de MARANHÃO (1988, p. 43): “de um lado, a noção geral do fato, fenômeno social da ‘propaganda’ e de outro, a noção específica da arte, técnica ou categoria profissional publicitária”. Disso chega-se à definição de HAAS (19.., p. 21), segundo a qual a Publicidade seria “uma técnica que tem por objetivo facilitar, quer a propagação de certas idéias, quer as relações de ordem econômica entre certos homens que têm uma mercadoria ou um serviço a oferecer e outros homens susceptíveis de utilizar essa mercadoria ou esse serviço”.

¹⁰⁴ Obras mais recentes, como a de Neusa Demartini GOMES admitem certa imprecisão nos dois termos. Para Neusa D. GOMES (2003, p. 42), aliás, publicidade seria “um processo de comunicação persuasiva, de caráter impessoal e controlado que, através dos meios massivos e de forma que o receptor identifique o emissor, dá a conhecer um produto ou serviço com o objetivo de informar e influir em sua compra ou aceitação”. Propaganda, por outro lado, seria, “a técnica de comunicação que visa promover a adesão do indivíduo a um dado sistema ideológico, de caráter político, religioso, social ou econômico” (2003, p. 68). Mas mesmo em GOMES esse nível de discernimento conceitual não fica bem marcado. Tanto o é que a certa altura disserta sobre a “propaganda comercial”, dando conta que ela “não implica, obrigatoriamente, que se esteja fazendo publicidade e quando se faz publicidade de uma figura política, não quer dizer que se esteja fazendo automaticamente propaganda” (2003, p. 68).

¹⁰⁵ Assim Maria Luiza de Sabóia CAMPOS (apud MARAN, 2003, p. 135), ao afirmar “que não é possível separar-se o ideológico do mercadológico com tanta nitidez”. Alguns doutrinadores preferem outro entendimento, como, por exemplo, Mara S.O.S. MARAN (2003, p. 134-135): “pode-se verificar diferença entre tais termos ao analisar seus objetivos, pois a propaganda visa influenciar ou modificar a opinião alheia a respeito de determinada ideologia, enquanto que a publicidade visa captar a atenção do público para o consumo de determinados bens ou para a utilização de certos serviços. Assim, a propaganda tem objetivos comerciais, e a publicidade, não-comerciais”. E, em outra parte: “enquanto a propaganda visa influenciar ou modificar a opinião alheia a respeito de determinada

O termo “publicidade” por vezes é utilizado tanto para indicar a atividade publicitária como a própria mensagem (da mesma forma “propaganda”). No possível diferenciarei entre “Publicidade” (atividade) e “publicidade” (mensagem). Aventa-se aqui da mensagem publicitária comparativa, evidentemente. Não parece salutar, entretanto, salientar diferenças entre o produto e a dinâmica de sua criação.

Deverei demonstrar, já no interior da mensagem, o que diferencia uma mensagem publicitária genérica, comum, da comparativa. Farei isso no Capítulo 5.2.

§ 4.1.2 O lugar da publicidade no *marketing*

A Publicidade é um dos componentes do *marketing*, ligada ao campo da comunicação. O *marketing* é o conjunto de atividades que visam facilitar e consumar relações comerciais de troca.

O *marketing* pode ser definido como o conjunto de atividades que visam facilitar e consumar relações comerciais de troca.¹⁰⁶ Entre as atividades de *marketing* estão as pesquisas, o planejamento do produto, a produção, comunicação, vendas e distribuição. Interessa-nos a comunicação, a qual, por sua vez, é formada pelas (i) vendas pessoais, (ii) publicidade, (iii) promoção de vendas e (iv) pelas relações públicas.

A venda pessoal “é a comunicação realizada ‘face a face’ entre vendedores e consumidores em potencial, em que o produto é apresentado e a reação destes é imediata e pessoalmente sentida por aquele” (SANTOS, 2000, p. 30).

A promoção de vendas envolve a (i) promoção institucional associando o produto a eventos (shows, jogos, feiras, desfiles, etc.), modalidades (esportivas culturais) e personalidades (atletas, artistas, atores); (ii) a promoção de vendas em si (campanhas, ofertas, concursos, sorteios), (iii) o *merchandising*, (iv) o *design* e (v) o *licensing*, ou seja, as práticas de licenciamento. Trata, portanto, de “atividades complementares da venda pessoal e da publicidade, mirando, sempre, resultados de venda de curto prazo”. A promoção de vendas distingue-se da publicidade não somente porque visa resultado em curto prazo, mas também pelo tipo de mídia

ideologia, a publicidade visa captar a atenção do público para o consumo de determinados bens ou para a utilização de certos serviços”.

¹⁰⁶ Segundo Raimar RICHERS (1981, p. 23), o marketing pode ser decomposto em produto, preço, ponto e promoção (os 3P).

utilizado: “enquanto a publicidade utiliza-se de mídia indireta impessoal, o composto promocional é transportado por mídia direta, também impessoal”. A integração do *merchandising* à promoção de vendas parte de conceito que o define como “o conjunto de operações táticas efetuadas no ponto de venda, tendo como objetivo a colocação no mercado do produto”, levando em conta sua quantidade, preço, tempo e o impacto visual. Por *merchandising* também hoje se entende a publicidade inserida em filmes, novelas e espetáculos, o que o torna, para alguns, um formato clandestino ou dissimulado (SANTOS, 2000, p. 33-35).¹⁰⁷

§ 4.1.3 Elementos da mensagem publicitária

Mas o que é, enfim, que identifica uma comunicação empresarial como sendo publicidade? São esses elementos:¹⁰⁸

- a) propagação: não há publicidade secreta. Se não desejar propagar-se não será publicidade, e não será publicidade enquanto não se propagar.
- b) impessoalidade: a mensagem publicitária é pública e não dirigida a um específico comprador ou mesmo fornecedor. Isso não significa que a correspondência enviada via correio, e-mail ou outro meio, não possa ser classificada como publicidade. No caso ocorre que o meio utilizado exige essa individualização da mensagem, mas ainda assim ela não terá as características da pessoalidade;
- c) informação: a informação às vezes é ocasional, como também não se exige a informação completa. Ela às vezes está implícita, como na publicidade institucional;

¹⁰⁷ Esta última forma de ver o *merchandising* será apreciada no Capítulo 9. Através da técnica de relações públicas objetiva-se valorizar a imagem do fornecedor perante o mercado, tornando-se conhecido e aceito; é atividade de promoção institucional. Para Guilherme FERNANDES NETO (2004, p. 52) há dois conceitos básicos de merchandising: “um técnico, lato e outro usual e mais restrito. O primeiro abrange desde a origem do produto e seu planejamento, enquanto o último, reduzido, é dirigido à técnica de divulgar o produto na mídia de forma indireta, ou seja, não ostensiva e tem esta última concepção prevalecido”.

¹⁰⁸ Os requisitos baseiam-se em SANTOS, 2000, p. 200, mas foram modificados não somente quanto à denominação mas quanto à sua descrição e mesmo enumeração. Foram também consideradas as observações de Adalberto PASQUALOTTO (1997, p. 20-22).

- d) persuasão: o requisito da persuasão deve ser inferido da mensagem total, considerando inclusive o meio e o formato utilizado. Assim a publicidade institucional também cabe ser tomada como persuasiva;
- e) referente mercadológico: o conteúdo material da mensagem deve tratar acerca de produtos ou serviços disponíveis ou a serem disponibilizados no mercado. Inclui-se também aqui a marca ou imagem, seja, também a publicidade institucional;
- f) patrocínio: não há necessidade de identificação do anunciante (como no *teaser*), bastando o interesse em anunciar, o qual deve ser detectado de forma objetiva. Não se deve confundir patrocínio com pagamento, já que, por exemplo, os veículos de comunicação também fazem publicidade em seu interesse.

§ 4.1.4 Sujeitos da atividade publicitária

Geralmente são três:

- a) o anunciante, sendo este “a pessoa ou a empresa que procura fazer conhecer e promover os bens, serviços ou idéias relacionados com a sua atividade e que toma a iniciativa e a decisão da ação publicitária, assumindo a responsabilidade e os encargos financeiros associados à mesma”;
- b) agência de publicidade, empresa física que, por orientação do anunciante, “concebe, realiza e controla a publicidade nos meios (canais) de transmissão”.
- c) titular do suporte, “que é a pessoa ou empresa que põe à disposição do anunciante um meio material ou imaterial (veículo publicitário) para transmitir a mensagem”.¹⁰⁹

Nada obsta, entretanto, que ocorra a figura apenas do anunciante, que tanto produz como divulga a mensagem publicitária através de seus próprios meios. Sem desprezar o direito de regresso frente a agência e o titular do suporte, é o anunciante, então, a entidade primária para a qual se direcionam as obrigações derivadas da mensagem publicitária.

§ 4.1.5 **Modalidades**

Entre outras possibilidades, pode-se classificar a publicidade quanto ao objeto, quanto à mensagem, o público-alvo e o patrocinador (2000, p. 30-32).¹¹⁰

Quanto ao objeto pode ser (i) publicidade de produto, a qual, por sua vez se destinará a tratar da demanda primária (isto é, não ligada a nenhuma marca específica) ou à demanda seletiva (relacionada à determinada marca) e (ii) publicidade institucional.

Quanto à mensagem poderia ser classificada em (i) comparativa e (ii) não-comparativa. No que trata do público-alvo, a publicidade pode ser dirigida aos fornecedores ou a consumidores. No que se refere ao patrocinador, pode ser cooperada (um grupo de interessados) ou singular (na qual um produto é conectado a uma só marca).

A classificação quanto à mensagem é a que interessa ao presente estudo. Para a conceituação doutrinária e legal acerca do que seja ou do que não seja mensagem publicitária comparativa, entretanto, remete-se, como já se alertou, para o Capítulo 5.2.

¹⁰⁹ Classificação inspirada em RODRIGUES, 2001, p. 95.

¹¹⁰ A classificação a seguir é de SANTOS, 2000, p. 30-32.

4.2 NATUREZA JURÍDICA E FUNÇÕES

§ 4.2.1 O termo “publicidade”

Da congregação religiosa para “propagar a fé” criada na Roma de 1597 pelo Papa Clemente VII, a origem da palavra latina *propagare*, que significa “plantar enterrando no solo”. A outra vertente etimológica da palavra publicidade é também latina, de *publicus*, o que é público ou mesmo o ato de tornar algo público. A sua história é antiquíssima,¹¹¹ mas seu impulso deveu-se, entre outros fatores, ao invento da tipografia, ao desenvolvimento industrial, e, por fim, à produção massificada.

É na sociedade de massas, entretanto, que sua linguagem passa definitivamente da mera indicação à persuasão.¹¹²

¹¹¹ Sem buscar dados mais remotos, observe-se que na Inglaterra, em 1657, aparece o *Public Advertiser*, que tinha praticamente como principal objetivo a publicidade. Em 1730 surge o *Daily Advertiser*, que de um simples jornal de anúncios logo se torna o maior jornal de Londres. (CÁDIMAS, 1997). No Brasil, em 1706 seria instalada a primeira tipografia, mas os equipamentos gráficos continuavam proibidos. Com a vinda de D. João VI, em 1808, é criada a Gazeta do Rio de Janeiro, pertencente à Imprensa Régia, e com ela uma coluna de anúncios gratuitos. Já na metade do século XIX é possível detectar anúncios preocupados com a veracidade da publicidade e outros praticando claramente a publicidade enganosa. Assim, em 1850 o Código Comercial Brasileiro irá determinar, em seu artigo 120, “que o vendedor, ainda depois da entrega, fica responsável pelos vícios e defeitos ocultos na coisa vendida, que o comprador não podia descobrir antes de recebê-la, sendo tais que a tornem imprópria do uso a que era destinada, ou que de tal sorte diminua o seu valor, que o comprador, se os conhecera, ou não a compraria, ou teria dado por ela muito menos preço”. Em 1909 “os jornais estão cheios de anúncios de cinema e se produziam 100 filmes por anos”. “Incontrolável desenvolvimento de novos produtos” que vai desaguar nas mãos do Estado: Código Civil de 1916, a Lei da Usura, de 1933 e o Código Penal de 1940, em especial com seus artigos 171 e 175. Em 1932 é editado o Decreto 20.931 que proibia “anunciar a cura de doenças consideradas incuráveis segundo os atuais conhecimentos científicos”. Já em 1934 surge o Decreto 24.507, cuidando da repressão à concorrência desleal, contendo preceito sobre a publicidade falsa e em 1938 a lei 869 define os crimes contra a economia popular (GIACOMINI FILHO, 1991, p. 28-36). Porém, é a partir da década de 50 que o impacto da Publicidade “realmente passou a ser enorme na vida econômica” (SAMPAIO, 1997, p. 20). Com o surgimento, entre os anos de 1950 a 1953, da TV Tupi São Paulo, a TV Tupi Rio e a TV Paulista, que mais tarde faria parte da TV Globo, aparecem os comerciais com desenhos animados e os *jingles*. Por fim, surge o supermercado e ocorre uma espécie de especialização: o *merchandising*, as assessorias de comunicação, gráficas especializadas, produtoras e o marketing via Internet.

¹¹² Henry FORD introduziu em 1913 sua primeira linha de produção, obediente aos traços de TAYLOR, seja na crença no progresso linear, nas verdades absolutas, no planejamento racional de ordens sociais ideais, na padronização do conhecimento e da produção, que revelam a estrutura do “projeto da modernidade” (HARVEY, 1994, p. 121-122; BAUMAN, 2001, p. 166). É momento histórico que também atinge a publicidade: “se antes da revolução industrial o fenômeno concorrencial não se fazia sentir nos mercados, ao nível, por exemplo, da disputa das mercadorias de artesãos (típica da economia medieval), com a estandardização dos produtos e o surgimento dos grandes monopólios, tudo se modifica”. O discurso publicitário, então, deixa de ser meramente funcional (“um tal produto está em tal lugar com tal preço”) e passa a ser simbólico por excelência (CÁDIMAS, 1997). Estaria se iniciando, também, a “sociedade pós-moderna”, quando a produção da cultura integrou-se à produção de mercadorias em geral. Daí em frente, “a frenética urgência de produzir novas ondas de

§ 4.2.2 Conceito de “publicidade”

O Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária define a Publicidade comercial em seu artigo 8º, como sendo “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos ou idéias”. A lei 4.680/1995, que dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda, em seu artigo 5º a entende como “qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado”.

Vidal Serrano NUNES JUNIOR (2001, p. 20) faz distinção entre Publicidade e atividade publicitária, entendendo que a última refere-se às operações ligadas com a difusão da publicidade e a primeira, ao fenômeno da comunicação. A publicidade seria, então, o produto, anúncio, mensagem, o qual deveria ser tratado separadamente da forma de viabilização.¹¹³ Publicidade comercial seria “o ato de comunicação, de índole coletiva, patrocinado por ente público ou privado, com ou sem personalidade, no âmago de uma atividade econômica, com a finalidade de promover, direta ou indiretamente, o consumo de produtos e serviços” (NUNES JUNIOR, 2001, p. 22-23).

Para Adalberto PASQUALOTO (1997, p. 25), Publicidade é “toda comunicação de entidades públicas ou privadas, inclusive as não personalizadas, feita através de qualquer meio, destinada a influenciar o público em favor, direta ou indiretamente, de produtos ou serviços, com ou sem finalidade lucrativa”.

Já Fernando Gherardini SANTOS (2000, p. 30) acredita que a Publicidade “vem a ser qualquer tipo de informação não-pessoal, isto é, realizada através de um meio de comunicação de massa, destinada a apresentar ao público produtos, idéias ou serviços de um fornecedor, identificado ou não, estimulando, com isto, a demanda do(s) produto(s)”.

bens com aparência cada vez mais nova (de roupas a aviões), em taxas de transferência cada vez maiores, agora atribui uma função estrutural cada vez mais essencial à inovação e à experimentação estéticas”. Era do capital simbólico, diz BOURDIEU, que pode ser definida como a do “acúmulo de bens de consumo suntuosos que atestam o gosto e a distinção de quem os possui” (HARVEY, 2001, p. 65-81).

¹¹³ Como já se disse aqui, antes de salientar tais diferenças prefere-se a aproximação dessas “duas” instâncias (Publicidade e publicidade). Repare, no entanto, como cada doutrinador, a seguir, salienta, a seu modo, ou a mensagem ou a atividade.

Paulo Vasconcelos JACOBINA (1996, p. 11) tem a Publicidade como a atividade empresarial¹¹⁴ “realizada com o objetivo de ofertar um bem ou serviço a consumo, através de um meio de comunicação capaz de atingir, ainda que potencialmente, um número indeterminado de pessoas, e veiculada às expensas do fornecedor”.

Cláudia Lima MARQUES (2002, p. 673) a define como “toda a informação ou comunicação difundida com o fim direto ou indireto de promover junto aos consumidores a aquisição de um produto ou a utilização de um serviço, qualquer que seja o local ou meio de comunicação adotado”. Exclui do conceito a propaganda política e a publicidade governamental que não tenha por fim promover atos de consumo.¹¹⁵

Cláudia Lima MARQUES, como se vê, está preocupada com a situação dos consumidores e não dá ênfase à publicidade institucional, ou mesmo, à publicidade entre agentes do mercado que não possam ser qualificados de consumidores.¹¹⁶ É certo que a publicidade institucional promove produtos ou serviços, embora nem sempre seja *um* produto ou *um* serviço. Por fim é discutível que se possa atribuir à publicidade uma finalidade que é própria da venda: a publicidade funciona antes como catalisadora das operações do mercado.¹¹⁷ Isso em nada retira o caráter obrigacional instituído pelo Código de Defesa do Consumidor.

Re-elaborando, o conceito seria funcional, para os termos deste ensaio, assim: toda comunicação, elaborada individual ou coletivamente, difundida através de meio de comunicação de massa, com o fim direto ou indireto de promover a aceleração da circulação, distribuição e aquisição de produtos ou serviços.

§ 4.2.3 Informação e liberdade de expressão

¹¹⁴ O doutrinador utilizada a expressão “comercial”, aqui então substituída.

¹¹⁵ Para Antonio H. V. BENJAMIN (1992, p. 30), publicidade é “qualquer forma de oferta, comercial e massificada, tendo um patrocinador identificado e objetivando, direta ou indiretamente, a promoção de produtos ou serviços, com a utilização de informação e/ou persuasão”. Já Fábio Ulhoa COELHO (2003b, p. 309) afirma que “publicidade é a ação econômica que visa a motivar o consumo de produtos ou serviços, através da veiculação de mensagens persuasivas por diversos meios”.

¹¹⁶ Como por exemplo, varejistas, médicos.

¹¹⁷ Nesse sentido: “a publicidade é um esforço de persuasão, não de vendas. Ela deve acelerar a consciência do consumidor para a existência da marca” (GOMES, 2003, p. 189).

A Publicidade é prática mercadológica. É arte em algumas de suas manifestações.¹¹⁸ Mas não lhe socorre o princípio constitucional da livre manifestação do pensamento (artigo 5º, IV), uma vez que seu intuito é manifestamente comercial.¹¹⁹ A liberdade de palavra é de ordem política e não estão em questão os direitos do cidadão quanto se estabelecem limites à atividade empresarial. Aliás, até mesmo da liberdade da palavra decorre responsabilidade para quem dela faz uso (PASQUALOTTO, 1997, p. 66).¹²⁰

Há ademais, que discernir entre liberdade de expressão e direito à informação. É que não há ligação necessária entre opinião, pensamento ou idéia e fatos. A informação, por seu turno, encontra-se relacionada à veracidade e à imparcialidade.¹²¹ Assim, porque não pode ser despida de tais atributos, a informação deduz um dever de demonstração (da existência, da relação lógica entre os fatos, etc).

E mesmo na seara da informação a publicidade distingue-se, já que a informação *stricto sensu* tem fim desinteressado. É que a publicidade possui (i) fim incitativo (convencer o consumidor), (ii) objetivo comercial (estimular a circulação, no mercado, de produtos e serviços) e (iii) caráter passional - todos elementos próprios da publicidade e estranhos à informação *stricto sensu* (BENJAMIN, 1992, p. 33).¹²²

¹¹⁸ “A arte não serve, ela é. Ela tem um sentido de desmascaramento, de desnudamento da realidade. O termo arte, como acima empregado, no que se relacionada à publicidade, tem o sentido de atividade, conjunto de técnicas visando a um fim específico – vender. A publicidade, é certo, utiliza-se do instrumental artístico para fazê-lo, mas o faz visando tão-somente atrair o consumidor ...” (JACOBINA, 1996, p. 16).

¹¹⁹ Nesse sentido Suzana M.P.C.P. FERDERIGHI (1999, p. 75-82): “Acreditar-se na liberdade de expressão como princípio consagrado incondicionado é dar ao princípio uma função que ele não tem, pois este seria um critério anulador dos demais”. Mas não é essa a opinião de Luis Roberto BARROSO. Em um texto onde defende a inconstitucionalidade de dispositivo de lei que, na prática, leva ao banimento da publicidade de cigarro (“Liberdade de expressão, direito à informação e banimento da publicidade de cigarro”), BARROSO (2002, p. 273) assim discorre: “A Constituição brasileira assegura a liberdade de expressão, o direito à informação, a liberdade de empresa e a livre concorrência. A publicidade é instrumento relevante de realização desses valores e não ser cerceada fora dos limites constitucionalmente tolerados”.

¹²⁰ O doutrinador faz diferenciação entre Publicidade e Propaganda, atribuindo a esta última a divulgação de idéias.

¹²¹ NUNES JUNIOR (2001, p. 61) prefere diferenciar entre o direito de opinião, que “exterioriza um juízo conceitual, uma afirmação do pensamento, a expressão diz respeito à sublimação da forma das sensações humanas, ou seja, através dela o indivíduo exterioriza suas sensações, seus sentimentos ou sua criatividade, independentemente da formulação de convicções, juízos de valor ou conceitos”. E acrescenta: “mas não há tal distanciamento entre o direito de expressão e o de opinião a não ser para fins classificatórios: até mesmo a utilização de uma determinada mídia ou qualquer suporte para veiculação da expressão artística supõe uma opinião a respeito. No mais a opinião só se torna conhecida após sua emissão, a partir daí sofrer classificação”. Luis Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO (1994, p. 66), ao seu lado, pauta pela existência de uma “tutela do direito à verdade”, seja um direito difuso à notícia verdadeira.

¹²² Também citado em NUNES JUNIOR, 2001, p. 158.

Disto decorre que o consumidor (ou, melhor dizendo, o partícipe do mercado) tem um direito à informação, mas não “um direito à publicidade”.¹²³

Portanto, no aspecto constitucional a Publicidade foi concebida e protegida “como uma das formas de exteriorização do princípio da livre concorrência, que, por sua vez, constitui desdobramento do princípio da livre iniciativa”.

Esses princípios, por sua vez, estão organizados segundo ordens de valores que correspondem à defesa do mercado (concorrência e consumidores) e a defesa do cidadão (NUNES JUNIOR, 2001, p. 3-4).

E essas duas ordens, diga-se já, se interpolam e se complementam: se “a defesa do consumidor não pode servir ao escuso propósito de eliminar ou restringir a concorrência livre e legítima” (PEREIRA, 2001, p. 67),¹²⁴ também a defesa intransigente da livre concorrência não pode resultar em prejuízo ao consumidor.

§ 4.2.4 Publicidade e as obrigações do consumo

Repare que a Publicidade não é prática empresarial que envolva diretamente a aquisição ou contratação do produto ou serviço, mas é um meio destinado ao escoamento da produção. Em resumo: não é a venda, mas a promoção da venda. Não poderiam, portanto, ser aplicadas à publicidade as regras da compra e venda.¹²⁵

Inicialmente a doutrina e a jurisprudência não lhe atribuíram relevância jurídica, considerando a máxima *caveat emptor* e, a partir daí, o *dolus bonus*.¹²⁶ Era, enfim, “consequência a ser suportada pela sociedade, em razão do desenvolvimento

¹²³ “Não há um direito subjetivo de fazer publicidade, a menos que surja algum fato cerceador da liberdade do anunciante, quando então haverá pretensão contra o autor do cerceamento. O direito em jogo, todavia, não será o de anunciar, mas sim o exercício de uma liberdade. Ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude de lei, podendo-se fazer tudo o que a lei não proíbe (princípio da reserva legal, art. 5º, II, CF). Não é proibido fazer publicidade; portanto, anunciar é um ato de liberdade, não é um direito subjetivo” (PASQUALOTTO, 1997, p. 143-144).

¹²⁴ Essa relação foi vista, aliás, nos Capítulos 3.3 e 3.4.

¹²⁵ “As práticas comerciais, opondo-se à atividade de produção empresarial, correspondem aos mecanismos, às técnicas e aos métodos que, direta ou indiretamente, servem para o escoamento da produção; ou seja, através da prática comercial um produto ou serviço é posto à disposição do consumidor, englobando desde a pré-venda (onde atua preponderantemente o marketing) até a pós-venda” (SANTOS, 2000, p. 132-133).

¹²⁶ *Dolus bonus* é o dolo irrelevante, que deve ser tolerado porque “seria socialmente mais perigoso, para a segurança do tráfico jurídico permitir a anulação dos contratos toda vez que um dos contratantes comete um embuste menor” (PASQUALOTTO, 1997, p. 71-73). Seria, em linhas gerais, a irrelevância do logro. A máxima vem a significar “o comprador que tome cuidado”, já que o vendedor teria a liberdade de silenciar sobre eventuais defeitos do que vende. O seu oposto é *caveat venditor* ou *caveat vendor*. Ver também MARQUES, 2002, p. 597.

das atividades econômicas em favor do ilimitado princípio da livre iniciativa” (MARAN, 2003, p. 133). Tanto o é que as limitações legais a atingiram bem antes na esfera concorrencial que no aspecto dos direitos do consumidor.¹²⁷

A natureza da publicidade, então, consistia em ser irrelevante para a formação de vínculos obrigacionais, sendo mero convite para contratar (*invitatio ad offerendum*).¹²⁸

Com a sociedade de massas, porém, vieram certos comportamentos típicos que não mais se enquadravam na ótica clássica dos contratos, mas que “podiam ser tomados como aceitação de uma proposta sem necessidade de emissão de declaração de vontade” (PASQUALOTTO, 1994, p. 41).

A solução doutrinária construiu-se em tomar a publicidade como (i) negócio jurídico unilateral (ou declaração unilateral de vontade), negócio jurídico bilateral ou (ii) fato gerador de efeitos obrigacionais.¹²⁹

§ 4.2.5 Publicidade como negócio jurídico unilateral ou bilateral

Tomando-se a mensagem publicitária como negócio jurídico **unilateral** (ou declaração unilateral de vontade), pode-se admitir que a lei tenha criado novas fontes obrigacionais, como teria feito o Código de Defesa do Consumidor com relação à publicidade. Sendo assim, iria impor ao fornecedor deveres pré-contratuais “tais como os de lealdade, veracidade das informações, deveres de conduta segundo a boa-fé, deveres anexos de cuidado, de informação, de conselho”. E, também, deveres contratuais, como é comum, após a aceitação.

Nesse formato a publicidade melhor seria classificada como negócio jurídico unilateral receptício, “pois vincula o anunciante desde a divulgação da mensagem,

¹²⁷ “Antes de constituir-se em objeto específico de interesse dos consumidores, sua prática interessou à concorrência, pois a distribuição de bens com base na real utilidade deles deixou de ser preponderante, passando a ter maior relevância o poder da imagem” (PEREIRA, 2001, p. 62-69).

¹²⁸ A respeito ver MARQUES, 2002, p. 602.

¹²⁹ Como afirma PASQUALOTTO, no âmbito jurídico ou valoriza-se a vontade de praticar o ato ou os seus efeitos. Na primeira hipótese teremos negócio jurídico, considerando-se nele o problema da autonomia da vontade. No segundo, há ato-fato, quando se abstrai a vontade de praticá-lo e miram-se os resultados da atividade. A discussão que se trava, em suma, é se a publicidade é negócio jurídico ou ato-fato.

mas depende da recepção do consumidor” (PASQUALOTTO, 1994, p. 49-50).¹³⁰ Seria figura jurídica próxima à promessa pública.

PASQUALOTTO, porém, critica essa concepção. *É que a declaração unilateral de vontade “subsume o conceito de oferta, mas não o conceito mais amplo de publicidade”*. A publicidade institucional, por exemplo, não contém oferta, e, ainda assim, é juridicamente relevante (PASQUALOTTO, 1994, p. 62).¹³¹ Ou seja, quando a publicidade veicula oferta, o seu conteúdo produz o mesmo efeito que aquela e pode ser tratada como tal. Mas isso não torna a publicidade um ato negocial, porque ela tem relevância jurídica mesmo quando não produz efeitos obrigacionais imediatos. Além disso, a atos negociais podem ser opostos os vícios da vontade, o que não ocorre com a vinculação publicitária nos moldes do CDC.

Sérgio Rodrigo MARTÍNEZ (2001, p. 89) é dos que considera a publicidade negócio jurídico unilateral. Parte da dicção dos artigos 35 do CDC e 1080 do CCB para concluir pela existência da oferta publicitária ou “publicidade negocial de consumo”, semelhante à oferta.

MARTÍNEZ (2001, p. 77), além disso, procede a separação entre “*publicidade de consumo*” e “*publicidade comercial*”. Esta última designaria “uma relação exclusivamente entre comerciantes”, enquanto a primeira seria “o ato de levar algo exclusivamente ao conhecimento social dos indivíduos tidos como consumidores”.

A publicidade de consumo, por sua vez, se subdividiria em publicidade que visa diretamente à realização de negócios jurídicos de consumo (promocional, que vende produtos e serviços) e que visa indiretamente à realização de negócios jurídicos de consumo (institucional, que promove a imagem). Mas quando trata da segunda, institucional, MARTINEZ (2001, p. 85-87) a tem como “um ato não negocial”, somente passando a ter repercussão perante o Direito quando “vier a tipificar-se

¹³⁰ Essa é a linha defendida por Cláudia Lima MARQUES (2002).

¹³¹ A explicação de PASQUALOTTO (1997, p. 62-63) merece ser exposta por inteiro: “a categoria de declaração unilateral de vontade subsume o conceito de oferta, mas não o conceito mais amplo de publicidade. A publicidade não é espécie do gênero oferta. Ela é apenas veiculadora de oferta, eventualmente. Quando isso ocorre, o conteúdo da mensagem publicitária produz o mesmo efeito de uma declaração unilateral de vontade, isto é, cria obrigação. Mas isso não torna a publicidade um ato negocial, porque ela tem relevância jurídica mesmo quando não produz efeitos obrigacionais imediatos. Caso contrário, será anódina a publicidade institucional, ainda que abusiva ou enganosa. É preciso, pois, enquadrar a publicidade em categoria compatível com a sua natureza enquanto fato juridicamente relevante, independentemente do teor da mensagem. Essa categoria é a do contato social – ou conduta social típica, na terminologia de Larenz. Aí se acomoda confortavelmente a publicidade em todas as suas manifestações, permitindo considerá-la fonte de todos os deveres e obrigações decorrentes das mensagens veiculadas, seja qual for o seu conteúdo. A publicidade é contato social de consumo”.

como publicidade enganosa ou abusiva, de acordo com a descrição prevista nos artigos 36 e 37 do CDC".¹³²

A possibilidade de tratar a publicidade como negócio jurídico **bilateral**, decorre, como afirma PASQUALOTTO, de compreendê-la a partir do artigo 427 do nosso Código Civil¹³³ (art. 1.080 do antigo CCB). Trata-se, então, de dar-lhe feição contratualista, na proximidade do conceito de "proposta", formando-se a bilateralidade quando da aceitação. Mas assim, diz PASQUALOTTO (1997, p. 51-54), navega-se em confusão semântica, sem resultado prático.

§ 4.2.6 Publicidade como “ contato social” de consumo

Fora do âmbito contratual, a terceira possibilidade é considerar a publicidade como ato-fato, contato social, ato existencial ou conduta social típica.

O "contato social" é denominação oriunda da sociologia para "justificar o nascimento de direitos e obrigações quando se frustram negociações que deveriam resultar em contrato". Os atos existenciais "são condutas usuais que, à custa de sua repetição, se tornam típicas".¹³⁴ Já a conduta social típica conteria as situações em que deveres são assumidos sem que sejam emitidas declarações de vontade, tal como ocorre ao tomar o transporte público.

Adalberto PASQUALOTTO considera que "a publicidade tornou-se ato típico da sociedade massificada, conduzindo o consumidor no momento culminante da contratação" e, assim, sendo, não cabe dele (desse ato) exigir-se requisitos formais ou considerá-lo apenas quando consumada sua finalidade. Assim, apoiando-se em Paulo de Tarso SANSEVERINO, conclui creditando a natureza jurídica da publicidade a um "contato social de consumo" (1997, p. 58-62).

¹³² Seu raciocínio apresenta contradição interna, pois que a publicidade, então, não poderia ser tratada como negócio, vez que é gênero do qual a publicidade institucional é parte integrante. Apesar disso, MARTINEZ (2001, p. 91) afirma textualmente: "em suma, a publicidade de consumo é o gênero com duas espécies: a publicidade institucional de consumo e a publicidade negocial de consumo". Solução possível seria conceituar o negócio jurídico como processo, coexistindo com atos pré e pós-negociais, inclusive infracionais.

¹³³ "Art. 427. A proposta de contrato obriga o proponente, se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso".

¹³⁴ O exemplo dado por PASQUALOTTO (1997, p. 62) é do estacionamento de veículo em *shopping center*: "este ato existencial, que decorre do simples contato social, é componente necessário e quase indispensável para a prática de atos da mercancia em estabelecimento como o do *shopping*".

§ 4.2.7 A publicidade obriga

Segundo o teor do artigo 30 do Código de Defesa do Consumidor, “toda informação ou publicidade, suficientemente precisa, veiculada por qualquer forma ou meio de comunicação com relação a produtos e serviços oferecidos ou apresentados, obriga o fornecedor que a fizer veicular ou dela se utilizar e integra o contrato que vier a ser celebrado”.

O artigo 31 do mesmo código complementa deduzindo que “a oferta e apresentação de produtos ou serviços devem assegurar informações corretas, claras, precisas, ostensivas e em língua portuguesa sobre suas características, qualidades, quantidade, composição, preço, garantia, prazos de validade e origem, entre outros dados, bem como sobre os riscos que apresentam à saúde e segurança dos consumidores”.

Com apoio em KÖNDGEN, Fernando Gherardini SANTOS (2000, p. 156) afirma que essa vinculação nasce da consideração de três princípios: (i) a teoria do risco, (ii) o princípio geral de boa-fé e (iii) o princípio da confiança. O primeiro refere-se ao sistema de responsabilidade civil introduzido pelo CDC, segundo a qual o fornecedor é responsável, com ou sem culpa, pelos atos advindos, direta ou indiretamente, da sua atividade econômica. O princípio da boa-fé, por sua vez, impõe a lealdade contratual e coíbe abusos. O princípio da confiança, pelo qual o anúncio, mesmo eivado de vício de vontade, vincula o fornecedor se o destinatário não tiver agido de comprovada má-fé.

Veja que a disposição do artigo 31 do CDC é no sentido da precisão da informação para que haja a vinculação do fornecedor a seu conteúdo. Essa precisão, por sua vez, é tratada pela doutrina ora como pela existência de preço, prazo ou condições de pagamento, ora como descrição do bem, preço e destinatário e daí por diante. Alguns têm como necessária a apresentação de determinado rol de elementos, outros justificam a existência da oferta de consumo apenas pela referência a uma só qualidade.

Para MARTÍNEZ a identificação deve partir da existência dos elementos preço, condições de pagamento e características especiais do produto e serviço. Porém,

acrescenta, caso ainda não tenha sido possível a identificação, deve-se buscar a possibilidade de ter gerado vinculação através do princípio da boa-fé, por uma legítima expectativa no consumidor sobre tais bens.¹³⁵

Seja como for, porque a mensagem publicitária não necessita conter todos os elementos do futuro contrato, vincula naquilo que for anunciado. Não as informações genéricas, mas “as mensagens suficientemente precisas integram automaticamente o conteúdo dos contratos delas decorrentes”. Considere-se que não cabe alegar erro para escusar o cumprimento do contrato. Assim, “o erro, por exemplo quanto ao preço anunciado, integra-se no risco de sua atividade, não podendo ser oposto aos consumidores, que estariam mais vulneráveis a tais práticas, quase sempre intencionais de atração enganosa”.

Para Fernando Gherardini dos SANTOS (2000, p. 135-136) a distinção entre oferta, publicidade e informação reside no conceito de ‘informação suficientemente precisa’, contido no artigo 30, CDC. Se a publicidade revestir-se de ‘informações suficientemente precisas’ constituir-se-á em oferta no sentido jurídico, implicando em vinculação; de outra forma será *puffing* ou *teaser*, sem qualquer valor vinculativo.

Porém a publicidade que não contenha a “informação suficiente” não necessariamente resulta em “*puffing*” ou mesmo “*teaser*”.¹³⁶ Poderá manter os atributos de “publicidade”, mesmo não se configurando oferta (caso da institucional), embora não venha a se caracterizar como as duas técnicas citadas.¹³⁷

Ademais, “a informação insuficiente ou deficiente (informação não explícita) não pode ser óbice à vinculação obrigacional do fornecedor”. Em outras palavras, “a informação obriga, ainda que não esteja explicitada, pouco importando que essa omissão seja intencional ou involuntária”. Porém é necessário ver que “a informação não explícita, que vincula, é toda aquela necessária ao conhecimento e compreensão do consumidor típico, e no seu interesse, emergente da natureza do produto ou do serviço”. É o caso, por exemplo, das “regras técnicas aplicáveis à segurança de determinado produto” as quais integram a informação como se nelas estivessem. E assim também é com “as características de qualidade utilizadas em produtos e

¹³⁵ O rol dos doutrinadores e seus diferentes posicionamentos pode ser consultado em MARTINEZ, 2001, p. 96.

¹³⁶ ‘*Puffing*’ é o exagero publicitário, tal como “é o melhor”, “o mais saboroso”, “o mais bonito”. A técnica do ‘*teaser*’ tenta provocar a curiosidade apresentando o produto aos poucos, por vezes nem mesmo indicando quem é o anunciante.

¹³⁷ Tanto é que Cláudia C. MARQUES (2002, p. 624-626) discorre acerca da “publicidade informativa” ou “atividade publicitária suficientemente precisa”.

serviços similares, pelos demais fornecedores". Se assim não fosse, "estar-se-ia a admitir, por via transversa, conduta fundada em *venire contra factum proprium*" (LÔBO, 2006).

A doutrina citada concentra-se no direito do consumidor. Alguns, entretanto, entendem que o operador do mercado, ao utilizar-se do "puffing" (por exemplo, intitulando seu produto de "o melhor"), não somente obriga-se a demonstrar tais características ao consumidor, mas também estaria prejudicando a reputação dos concorrentes.

É preciso notar, em todo caso, que a omissão de elementos da mensagem publicitária é relevante quando é o caso da modalidade comparativa. Ademais, até mesmo o CDC, no inciso 3º. do artigo 37, prevê a enganosidade por omissão, a qual irá ocorrer quando deixar de informar sobre dado essencial de produto ou serviço (PASQUALOTTO, 1997, p. 126).

4.3 AUTO-REGULAMENTAÇÃO

Seja qual for o formato do sistema de controle que se aceite recair sobre a atividade publicitária, a indiscutível relevância que a auto-regulamentação exerce sobre o meio exige ao menos uma breve imersão em seu universo. É possível dizer, aliás, que "a auto-regulação publicitária é, no Brasil, a mais interessante experiência de disciplina de atividade econômica por iniciativa dos próprios agentes nela envolvidos" (COELHO, 2003, p. 313).

§ 4.3.1 Concorrência desleal e auto-regulamentação

Não há dúvida, todavia, que a auto-regulamentação publicitária teve antes como alça de mira a proteção da concorrência do que a do consumidor, objetivo apenas mediato.¹³⁸

Como ato de concorrência, a publicidade tem a ver com os interesses individuais dos empresários que dela se utilizam.¹³⁹ Esse interesse pode ser quanto à mensagem publicitária (i) enquanto obra autoral protegível e (ii) com relação aos efeitos de determinada campanha publicitária.

Enquanto obra intelectual, a campanha publicitária deve ser protegida da imitação, da reprodução não autorizada, e do plágio, o qual, no caso, evidencia-se pela cópia e reprodução de elementos visuais, conceitos, *slogan*, apelos e estrutura da campanha.¹⁴⁰

No entanto, e aqui já adentramos ao segundo aspecto, o que via de regra ocorre, é que o ataque a quem detém os direitos sobre a elaboração da peça publicitária acaba tomando a forma de concorrência parasitária, gerando confusão - já não entre as campanhas mas entre os produtos anunciados. Aí se configura,

¹³⁸ Mas também o Código de Defesa do Consumidor direcionou-se aos efeitos da publicidade, descurando-a como ato concorrencial.

¹³⁹ Porém “pode dizer respeito a interesse individual homogêneo, entendido este como o decorrente de origem comum (art. 81, parágrafo inciso, III, CDC), suscetível de proteção por ação coletiva”. Isso porque, em tese, é possível que “determinado grupo de concorrentes valham-se desse conjunto de regras, para propositura da ação coletiva em face de concorrente autor de publicidade desleal, na proteção direta de seus interesses concorrenceis (individuais homogêneos), e indireta dos consumidores” (PEREIRA, 2001, p. 70).

¹⁴⁰ Ver Capítulo 7.

concomitante com uma afronta ao direito autoral, outra, na seara do direito concorrencial.¹⁴¹

Na realidade, o que se busca coibir é a subtração ilícita da clientela. Ou seja, pretende-se que os partícipes do mercado atuem dentro dos limites da “*correção profissional*”. Ou, na expressão de DUVAL (1976, p. 136), que *respeitem as regras do jogo*, “competindo lealmente com o indispensável *fair play*”.¹⁴²

A auto-regulamentação publicitária teve e tem em sua construção, portanto, o intuito primeiro de coibir a concorrência desleal¹⁴³ entre os anunciantes e entre os próprios agentes publicitários, ainda que, mediatamente, produza reflexos quanto aos direitos do consumidor.

§ 4.3.2 Sistemas de controle

As normas auto-regulamentares da atividade publicitária constam do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária – CBAP, de 22 de maio de 1980, que é aplicado pelo CONAR - Conselho Nacional de Auto-Regulação Publicitária. Por outro lado, o sistema legal constitui-se de um grande número de normas esparsas,¹⁴⁴ embora boa parte delas conste do Código de Defesa do Consumidor.

Parte da doutrina afirma haver no Brasil um sistema misto de controle da atividade publicitária na medida em que os sistemas estatal e privado são independentes e complementares.¹⁴⁵

Em prol desse entendimento pode-se dizer que o Código de Defesa do Consumidor não excluiu a atuação do CONAR “cujas normas têm força contratual aos aderentes do sistema”. E isso mesmo porque, além da questão da tutela do direito do

¹⁴¹ Mas não há necessidade de ofensa aos direitos autorais para que ocorra infração concorrencial. Muito ao contrário, é mais usual esta isolada. Por outro lado, a afronta ao direito autoral não produz necessariamente ofensa à livre concorrência, já que para isso ocorrer deve haver relação de concorrência entre os agentes afetados. As situações específicas de concorrência desleal na publicidade serão vistas quando for tratada a publicidade comparativa, no Capítulo 8.

¹⁴² Também citado em DOMINGUES, 1984, p. 115.

¹⁴³ Para OLIVEIRA ASCENSÃO (1997, p. 33) a concorrência ilícita se configura através de (I) aproveitamento; (II) agressão; (iii) contra os consumidores e (iv) (mera) desorganização do mercado.

¹⁴⁴ Essas normas são citadas na parte relativa à principiologia (Capítulo 5.4).

¹⁴⁵ “Assim, se hoje a regulamentação da publicidade se faz através de um ‘sistema misto’, em que há um composto de regulamentação Privada (CONAR e CBAP) e pública (CDC), atente-se, contudo, para o fato de que o consumidor somente tem a garantia jurídica da defesa de seus direitos através do CDC” (SANTOS, 2000, p. 209). De igual entendimento: PEREIRA, 2001, p. 66; MARAN, 2003, p. 151 e MARTINEZ, 2001, p. 183.

consumidor, "há outros aspectos da atividade publicitária que reclamam regramento jurídico, como os pertinentes às relações entre a agência, o veículo e o anunciante, a ética profissional, a relação quantitativa entre publicidade e programação de rádio e TV, etc" (COELHO, 2003b, p. 309). Os dois sistemas, aliás, se complementariam, já que o anunciante que ferir norma legal, sendo associado do CONAR, responderá perante os dois sistemas.

Outra parcela entende haver somente o controle estatal, já que o sistema privado prescinde de coercitividade,¹⁴⁶ além de estar vinculado aos associados, ao passo que o sistema legal visa a sociedade (SANTOS, 2004, p. 207-208). Afora isso, a auto-regulamentação mira – como se disse – antes a livre concorrência e só indiretamente a proteção do consumidor.¹⁴⁷ Ademais, "a sanção disciplinar da publicidade enganosa não basta para a tutela dos interesses coletivos em causa; existem aspectos graves de publicidade falsa, designadamente a que incide sobre as qualidades ou identidade de produtos ou serviços, que deveria ser objeto não de uma infração disciplinar mas de sanções penais". É que, na realidade, "as multas não dissuadem as empresas de publicidade, a que não faltam meios para as pagarem; o que há é que prever determinadas condutas como penalmente censuráveis, que estabelecer os instrumentos adequados à sua detecção e investigação, que sensibilizar os tribunais para essa área do direito econômico em estreito relacionamento com os direitos fundamentais dos cidadãos" (MOITINHO apud FILOMENO, 1991, p. 130).

Parece mais consentâneo aceitar que os preceitos do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária integram o controle publicitário legal pela via da principiologia. Isso porque eles fazem parte de um consenso, de um consenso entre

¹⁴⁶ "O problema é que as decisões do CONAR são de cumprimento espontâneo. Os estatutos da entidade não lhe outorgam nenhum poder coativo – e, de qualquer modo, esse poder sempre seria limitado, por se tratar de sociedade privada. Além do mais, é notório que é acanhada a atuação do órgão no controle ético da publicidade". E mais além: "Não parece correta a afirmação de que temos uma regulamentação mista: parte pelo Estado, parte auto-regulamentada. As normas do CONAR, como se viu, são de caráter inteiramente privado. Portanto, não são aptas para a produção de efeitos jurídicos perante terceiros. O aparecimento da regulamentação estatal, de caráter imperativo, ocupou inteiramente o espaço antes deixado livre à autonomia privada. O estatuto do CONAR é contratual, e a lei não deixou margem alguma para a regulamentação privada dessa matéria" (PASQUALOTTO, 1997, p. 68-69). Ver também GIACOMINI FILHO, 1991, p. 105.

¹⁴⁷ O sistema privado de controle da publicidade sustenta-se na idéia da livre concorrência; e, a partir daí, de que os envolvidos nessa atividade possam eles próprios instituírem normas que possam regulamentá-la e inibir os abusos. Segue que as normas desse sistema carecem da coerção característica das normas legais, embora "a notável eficácia encontrada no cumprimento dos pronunciamentos proferidos pelo Tribunal de Ética do CONAR" (PEREIRA, 2001, p. 65).

aqueles que praticam a publicidade.¹⁴⁸ É nessa ordem que é possível admitir que, “apesar das diferenças de objetivos e de âmbito de incidência, o sistema de auto-regulamentação publicitária e a tutela legal dos consumidores são complementares um do outro” (COELHO, 2003b, p. 317).

Há, não obstante, severas críticas acerca da forma de auto-regulamentação da atividade publicitária, considerando, entre outras razões, a ausência de poderes do órgão envolvido, alcance limitado e a falta de representatividade dos consumidores. É o que faz DOMINGUES, ao afirmar que:

- a) as penalidades previstas não conseguem intimidar ninguém;
- b) é inaceitável a tramitação sigilosa;
- c) as sanções são muito brandas e não guardam proporcionalidade com os danos (DOMINGUES, 1984, p. 129).¹⁴⁹

Diz-se também que ofenderia o inciso XXIX do artigo 22 da Constituição Federal.¹⁵⁰ Mas esse é um argumento equivocado, uma vez que o órgão classista jamais legislou nem teve intenção de fazê-lo. É um tribunal ético, e como tal, não ofende a norma citada.

Assim, enquanto PASQUALOTTO (1997, p. 88) afirma ser flagrante a omissão do CONAR em reprimir o *merchandising*, que, no seu entender, violaria o princípio da identificação, GIACOMINI FILHO (1991, p. 103) discute sua legitimidade perante a sociedade, no sentido de que representaria o ponto de vista dos publicitários e não da sociedade em relação à conduta ética do setor.

Seria, entretanto, um equívoco restringir demasiadamente a influência do CONAR. Ao contrário, com decisões desburocratizadas, não somente desafogam o Judiciário, mas tendem a promover de fato rapidamente a solução do litígio. Por exemplo, são inúmeras as ocorrências de início de averiguação motivada por envio de *e-mails*, correspondências ou até mesmo “de ofício”, por diretores do órgão.

¹⁴⁸ Nesse sentido, portanto, as regras do CBAP, seriam espécie de *topois* a serem integrados pela principiologia.

¹⁴⁹ Ver também MARTINEZ, 2001, p. 106-107; SANTOS, 2000, p. 206-209 e MARAN, 2003, p. 149.

§ 4.3.3 O C.O.N.A.R.

O CONAR foi fundado em São Paulo, em 05 de maio de 1980. Seu *corpus jurídico* compõe-se de três elementos importantes: o Estatuto Social, o Código de Auto-Regulamentação (CBAP) e o Regimento Interno do Conselho de Ética (RICE). O seu estatuto estabelece no artigo 5º quais são seus objetivos sociais:

- (i) zelar pela comunicação comercial, sob todas as formas de propaganda, fazendo observar as normas do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária;
- (ii) funcionar como órgão judicante nos litígios éticos que tenham por objeto a indústria da propaganda ou questões a ela relativas;
- (iii) oferecer assessoria técnica sobre ética publicitária aos seus associados, aos consumidores em geral e às autoridades públicas;
- (iv) divulgar os princípios e normas do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária, visando a esclarecer a opinião pública;
- (v) atuar como instrumento de concórdia entre veículos de comunicação e anunciantes, e salvaguarda de seus interesses legítimos e dos consumidores e;
- (vi) promover a liberdade de expressão publicitária e a defesa das prerrogativas constitucionais da propaganda comercial.

Compõe-se, como indica o artigo 8º. do Estatuto, de entidades representativas das agências de publicidade, dos veículos de comunicação e dos anunciantes e, isoladamente, por agências de publicidade, veículos de comunicação, anunciantes, fornecedores da indústria de propaganda, e ainda por entidades privadas dotadas de personalidade jurídica e que objetivem a defesa do consumidor. Os sócios efetivos devem aderir ao Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária (CBAP), se comprometer a seguir suas normas e a acatar as decisões do Conselho de Ética e do Conselho Superior do CONAR. Daí, por evidente, que a vinculação ao Código é restrita aos sócios.

Constituem infrações ao Estatuto, segundo seu artigo 14:

¹⁵⁰ É o caso de Lélio D. SCHMIDT (2001, p. 10). Veja-se o texto: “Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre: (...) XXIX – propaganda comercial”.

- a) deixar de cumprir determinação dos Conselhos Superior e de Ética do CONAR.
- b) promover, por meios diretos ou indiretos, o descrédito dos princípios e normas do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.
- c) protelar ou embargar o cumprimento de determinações emanadas dos Conselhos Superior e de Ética, depois de esgotada a fase de recurso interno, salvo se protegido pela legislação em vigor no País.
- d) coagir, influenciar ou tentar influenciar integrante do Conselho de Ética para obtenção de resultado em julgamento de matéria passível de apreciação de acordo com o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.
- e) participar, direta ou indiretamente, de qualquer movimento, ação ou grupo de influenciamento que objetive retirar a força de atuação do CONAR e seus órgãos, assim como em prejuízo das disposições do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.
- f) quebrar o sigilo a respeito de atos ou fatos de que tenha tido conhecimento em razão da investidura em cargo criado por estes Estatutos.
- g) quebrar o sigilo que resguardar feitos em andamento perante o Conselho de Ética.

Essas infrações, por sua vez, são punidas (artigo 15 do Estatuto) com:

- a) advertência oral ou escrita;
- b) censura pública por edital afixado na sede social e transcrita em boletim;
- c) suspensão até 12 (doze) meses;
- d) eliminação do quadro social.

Ao Conselho Superior, um dos órgãos do CONAR (juntamente com a Assembléia Geral, o Conselho de Ética e o Conselho Fiscal) cabe a atividade normativa e à administração da sociedade.¹⁵¹

¹⁵¹ Sua composição: (i) Associação Brasileira de Agências de Propaganda com 3 (três) representantes, (ii) Associação Brasileira de Anunciantes com 3 (três) representantes, (iii) Associação Nacional de Jornais com 3 (três) representantes, (iv) Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão com 6 (seis) representantes, sendo 3 (três) de Rádio e 3 (três) de Televisão, (v) Associação Nacional de Editores de Revistas com 3 (três) representantes, e (vi) Central de Outdoor com 2 (dois) representantes.

Já ao Conselho de Ética compete a fiscalização, julgamento e deliberação no que se relaciona à obediência e cumprimento do Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária.¹⁵²

§ 4.3.4 Sujeição ao Código de Auto-Regulamentação

Não são abrangidas pelo CONAR as atividades de relações públicas. Estas dizem respeito à informação de caráter institucional entre a entidade e o público, através dos meios de comunicação; a coordenação e planejamento de pesquisas da opinião pública, para fins institucionais; o planejamento e execução de campanhas de opinião pública; e o ensino de técnicas de relações públicas. Tais atividades estão disciplinadas pela lei 5.377/1967, regulamentada pelo Decreto n. 63.283/1968.

Na opinião de Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 73), muito embora algumas dessas práticas tipificadas na legislação possam induzir à publicidade, elas concentram-se no "esforço deliberado, planificado e contínuo para estabelecer e manter compreensão mútua entre uma instituição pública ou privada e os grupos e pessoas a que esteja direta ou indiretamente ligada" (art. 1º, decreto 63.283/68). O controle legal dessa atividade é promovido pelo Conselho Federal de Profissionais de Relações Públicas (CONFERP), criado pelo Decreto-lei n. 860/1969, e regulamentado pelo Decreto n.68.582/1971.

Já a propaganda eleitoral é tratada em leis especiais, ou seja, no Código Eleitoral (Lei n. 4.737/1965) e lei 9.504/1997, igualmente fugindo ao controle do CONAR (art. 11, CBAP). Também não são abrangidos pela esfera de atuação do

¹⁵² Compõem-se de (i) 3 (três) integrantes do Conselho Superior, eleitos dentre os seus membros, (ii) 6 (seis) representantes de Consumidores, (iii) 3 (três) representantes designados pela Associação Brasileira de Agências de Propaganda, (iv) 6 (seis) representantes designados pela Associação Brasileira de Anunciantes, (v) 3 (três) representantes designados pela Associação Nacional de Jornais, (vi) 3 (três) representantes designados pela Associação Brasileira de Emissoras de Rádio e Televisão, (vii) 3 (três) representantes da Associação Nacional de Editores de Revistas, (viii) 1 (um) representante designado pela Central de Outdoor, (ix) 3 (três) representantes designados pelas AP's Brasil - Conselho Nacional das Associações Estaduais de Propaganda e (x) 3 (três) profissionais de criação. Deve, segundo o artigo 42 do Estatuto, (i) receber, processar e julgar as representações por infração ao Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária e seus recursos, observadas as disposições deste estatuto e do R.I.C.E. - Regimento Interno do Conselho de Ética, (ii) atuar como mediador entre anunciantes, entre agências, entre aqueles e estas e os veículos de comunicação, em todos os casos de disputa, promovendo tentativas de conciliação das partes, (iii) aplicar as medidas e providências previstas no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária aos infratores das normas nele estabelecidas, e (iv) aprovar as súmulas da jurisprudência firmada, bem como deliberar

CONAR, “os eventos realizados com o fim de promover a campanha publicitária, envolvendo a apresentação do trabalho publicitário a pessoas determinadas e atraindo a atenção dos meios de comunicação, são conhecidos como *publicity*” (PEREIRA, 2001, p. 73).¹⁵³

O artigo 12 do CBAP prevê que a publicidade governamental e a praticada por empresas subsidiárias, autarquias, empresas públicas, departamentos, entidades paraestatais, sociedades de economia mista e agentes oficiais da União, dos Estados, dos Territórios dos Municípios e do Distrito Federal, devem se conformar às suas disposições. É uma disposição curiosa, certo que jamais se admitiria que a administração pública ficasse sujeita a normas privadas.¹⁵⁴

§ 4.3.5 O processo administrativo

O Regimento Interno do Conselho de Ética do CONAR (R.I.C.E.) prescreve o rito adotado para o recebimento, distribuição, instrução e julgamento de representações oferecidas por infração ao CBAP.

Os processos que tramitam no CONAR ou têm natureza investigatória ou são contenciosos (artigo 14, RICE).

O processo investigatório, que corre através de rito sigiloso (artigo 21, RICE), tem por finalidade apurar (i) eventual transgressão a recomendação do CBAP, (ii) dúvida acerca da responsabilidade pelo anúncio ou (iii) qualquer elemento indispensável ao conhecimento da causa.

Já o rito do processo contencioso é público e tem por objetivo anúncio ou campanha publicitária e será instaurado mediante despacho do Presidente do CONAR, em representação escrita, sempre que houver evidência de transgressão ao CBAP.

sobre sua alteração e cancelamento, mediante proposta formal de qualquer de seus membros ou Diretor Executivo.

¹⁵³ *Publicity*, para Neusa D. GOMES (2003, p. 63), seria “o conjunto de menções, inferências, ações, etc, de caráter público que uma empresa pode protagonizar”.

¹⁵⁴ Aliás, como afirma PEREIRA (2001, p. 73), em relação à publicidade praticada pela administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, do Distrito Federal e dos Municípios, aplica-se o artigo 37 e § 1º da Constituição Federal, que impõe o “caráter educativo, informativo ou de orientação social”.

No entanto, o sigilo também poderá ser adotado no processo contencioso, por exceção, mediante decisão do Presidente do CONAR, a requerimento do interessado, comprovando pelos menos duas das seguintes condições:

- a) a necessidade de proteção de segredo industrial ou estratégia mercadológica;
- b) a revelação do conteúdo do processo não aproveitar diretamente aos consumidores;
- c) o compromisso dos responsáveis pelo anúncio em suspendê-lo voluntariamente até trânsito em julgado.

As representações junto ao CONAR podem ter a iniciativa de membros do CONAR (Presidente, membro do Conselho Superior, Diretor ou Associados) ou de grupo de no mínimo sete consumidores (artigo 17, RICE).

A defesa do anúncio questionado deverá ser apresentada pelo responsável ou responsáveis em até cinco dias úteis, contados a partir da juntada aos autos do documento que comprove a citação e poderá ser assinada pelo próprio anunciante, por sua Agência, conjunta ou separadamente; ou, ainda, por advogados e prepostos formalmente constituídos ou credenciados. A não apresentação de defesa enseja pena de confissão quanto aos fatos argüidos (artigo 20, RICE).

Ao Relator caberá examinar as alegações das partes e as provas produzidas, podendo, ainda (art. 26, RICE):

- a) recomendar a sustação da veiculação do anúncio, através da medida liminar;
- b) determinar a intimação das partes para esclarecimento ou comprovação do alegado; ordenar, de ofício, a produção de prova; requisitar maiores informações ou o suporte técnico de peritos, consultores, entidades que tenham participado do processo, determinando prazo compatível com a providência ou encarecendo a urgência no atendimento de sua determinação;
- c) tentar a conciliação;
- d) ou redigir relatório, parecer e voto a serem apresentados em sessão de julgamento.

O Relator poderá, quanto à representação, recomendar (i) o arquivamento, (ii) a sanção de advertência, (iii) a alteração ou correção do anúncio, assinando prazo compatível com a natureza e a complexidade da providência, (iv) a sustação, pelos veículos de comunicação, da divulgação do anúncio, e, ainda, (v) a divulgação pública da posição do CONAR.

Como se vê, a sanção mais grave é a divulgação da posição do CONAR, procedimento que pode ser denominado de “contrapublicidade”. Infelizmente, como afirma Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 84), o CBAP não prevê a retificação publicitária, a qual consiste na “correção, voluntária ou coercitiva, da mensagem considerada ilícita”, a qual, diz, é a tendência dos tratados internacionais.

São admitidos os recursos ordinário, perante a Câmara Especial de Recursos, e o extraordinário, perante o Plenário do Conselho de Ética.

Evidentemente, face ao princípio da reserva legal, todos os partícipes do mercado podem utilizar-se da via do procedimento judiciário para solucionar suas contendas, não sendo exigível o esgotamento do foro administrativo.

§ 4.3.6 Interpretação do CBAP

O CBAP prevê na sua Seção 3 (artigos 14 a 18) que "ao aferir a conformidade de uma campanha ou anúncio aos termos deste Código, o teste primordial deve ser o impacto do anúncio, como um todo, sobre aqueles que irão vê-lo ou ouvi-lo". E continua: "a partir dessa análise global é que se examinará detalhadamente cada parte do conteúdo visual, verbal ou oral do anúncio, bem como a natureza do meio utilizado para sua veiculação" (artigo 17).

O CBAP, nesse item, ao que parece, pretende indicar um meio hermenêutico que privilegie o ponto de vista do destinatário da mensagem quanto (i) aos princípios morais e éticos da sociedade e (ii) quanto à sua possibilidade de aferição da mensagem, via de regra condensada em poucos segundos. Por tais razões considera que a primeira análise é “global”, como um “todo”.

Essa prescrição diz respeito à impossibilidade de se considerar somente uma parte da mensagem publicitária para se chegar à conclusão de que tenha ofendido algum dos princípios da publicidade, da forma como, afirma Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 85), preceitua a doutrina e jurisprudência germânica. Importaria, então,

verificar o impacto do conjunto e a seguir observar as demais partes "valorando-se com o cuidado necessário a chamada em destaque do anúncio (parte captatória), que pode ser visual ou oral, e destina-se a enfatizar uma idéia constante nele, possuindo muitas vezes efeito atrativo preponderante". PEREIRA assevera que, evidentemente, outros aspectos devem ser considerados, tais como a moral média da categoria atingida pela publicidade.

O artigo 16 da mesma seção do CBAP dispõe que as prescrições do código são também destinadas "ao uso das autoridades e Tribunais como documento de referência e fonte subsidiária no contexto da legislação da propaganda e outras leis". Embora seja, a princípio, outro dispositivo de redação curiosa, não se deve extrair dele que o CBAP quer impor-se frente ao Estado. Ao contrário, é preciso dizer que o Judiciário, de fato, tem mesmo se valido das decisões no âmbito do CONAR como forma de referência subsidiária. Não fora só, a lei 4.680/1965 (dispõe sobre o exercício da profissão de publicitário e de agenciador de propaganda)¹⁵⁵ e o Decreto 57.690/1966 (aprova o regulamento para a execução da lei nº 4.680/1965)¹⁵⁶ fazem expressa referência ao Código de Ética de 1957, remetendo-o para o interior da legislação, ao menos como fonte subsidiária.

¹⁵⁵ Art. 17. "A atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro".

¹⁵⁶ "Art. 17. A Agência de Propaganda, o Veículo de Divulgação e o Publicitário em geral, sem prejuízo de outros deveres e proibições previstos neste Regulamento, ficam sujeitos, no que couber, aos seguintes preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda a que se refere o art. 17, da Lei 4.680, de 18 de junho de 1965".

5 PÚBLICIDADE COMPARATIVA

Cuidarei de estabelecer conceitualmente o que seja a publicidade comparativa, seus sujeitos, suas formas. Revisarei, então, um conceito provisório atribuído ao início. Não antes sem fazer um breve escorço histórico.

Neste capítulo também tratarei de buscar na legislação estrangeira informações sobre o comportamento legal em relação ao objeto averiguado.

Ainda neste tópico, tentarei, a partir dessas normas, de levar adiante classificação principiológica segundo o método escolhido no Capítulo 2.2.

5.1 BREVE HISTÓRICO

§ 5.1.1 Do modo implícito ao direito comunitário

As primeiras posições a respeito da publicidade comparativa, quanto a seu formato explícito, foram de tomá-la como ilícita.¹⁵⁷ Mas, na prática, ao menos no modo implícito,¹⁵⁸ e considerando somente o elemento preço aliado a formas superlativas (“é mais barato”), ela sempre esteve presente. Aliás, sancioná-la nessa forma, seria sancionar a própria publicidade.¹⁵⁹

Assim, a publicidade comparativa permaneceu no tempo sob as vestes da “publicidade em geral”, entendida como ato corriqueiro, comum e inócuo, sem efeitos jurídicos.

Mas esse mitemismo era apenas uma de suas faces ou, talvez, uma condição de sobrevivência. A publicidade comparativa explícita (com indicação do concorrente) continuou sendo vista como danosa – danosa por si mesma, porque interferiria na livre decisão do público, tida como comunicação parcial e partidária, e porque usaria indevidamente os sinais distintivos do concorrente.

O quadro aqui somente tomou ares de mudança em razão de dois fenômenos: (i) a adoção e consolidação dos preceitos de proteção ao consumidor e (ii) a legislação comunitária.

Cada uma dessas facetas tem suas circunstâncias às quais não cabe deter-se aqui. Mas vejam, ao menos, que tanto o consumerismo quanto a origem das menções acerca da publicidade comparativa na legislação do direito comunitário (Mercosul e MCE) resultam de movimentos ocorridos na América do Norte.

¹⁵⁷ E isso inclusive na Europa. Afirma Gianpiero COCCIA (2004, p. 4): “La conseguenza di questa forma mentis, ha portato a considerare per diversi decenni, in Europa, lecita la sola pubblicità comparativa che esaltasse i pregi del proprio prodotto, o mediante formule quali il superlativo relativo, o confrontando lo stesso con i prodotti concorrenti ma indicati questi solo nel genere, in modo tale che non fosse in alcun modo identificabile o riconducibile ad un dato marchio o imprenditore”. [A consequência dessa ‘forma mentis’ acarretou a consideração por diversos anos, na Europa, de somente ser lícita a publicidade comparativa que exaltasse os valores do próprio produto, ou mediante fórmula como o uso de superlativo relativo, ou confrontando o mesmo com os produtos concorrentes mas sendo estes apenas indicados pelo gênero, de tal modo que não houvesse nenhum modo possível de identificação ou de recondução à marca ou ao empresário].

¹⁵⁸ Ver § 5.2.4.3.

¹⁵⁹ Diz RICOUER (2000, p. 46), a partir de ARISTÓTELES, que toda metáfora é uma comparação implícita, uma comparação desenvolvida. Ora, a publicidade é metáfora *par excellence*.

Todavia, mesmo ali, nos Estados Unidos, a publicidade comparativa não se resolveu pacificamente: parece que é da sua índole a mobilização ou uma contida transgressão. Retorne-se aos anos 60. É nessa época que ocorre nos E.U.A. a explosão da publicidade comparativa, envolvendo todo o mercado, indistintamente, assumindo proporções extremas. E de tal forma que praticamente se colocaram em luta todos os setores econômicos, a ponto de risco de colapso nos anos 70.

Mas é dessa época, desse lugar e desses fatos o movimento denominado “consumerismo”. O compartilhamento dessas tendências, seja, (i) do uso maciço da publicidade comparativa, (ii) da apreciação de suas vantagens e seus riscos, (iii) da necessidade de transparência nas relações comerciais exigidas pelo consumerismo, não poderia resultar em outro posicionamento do *Federal Trade Center* senão no incentivo a essa modalidade publicitária – agora já na forma direta.¹⁶⁰

No mesmo período começou-se a falar de publicidade comparativa nos países da Europa e, também, de direitos do consumidor. Mas somente muitos anos após veio à luz a Diretiva 97/55/CEE (23 de outubro de 1997), já da União Européia. É certo que o assunto já havia sido encaminhado através de projeto em 1975, muito embora essa modalidade publicitária estivesse, naquela época, inserida nas condições relativas à “publicidade desleal”.¹⁶¹

Interessante que, em nosso âmbito, o direito comunitário adiantou-se em relação ao europeu, tanto que em 13/12/1996 foi editada a Resolução 126/96 do Mercosul, tratando em seu item III do Anexo, acerca das condições pelas quais se tomaria como válida a publicidade na forma comparativa. Mas, se os países da União Européia já cuidaram de integrar o direito comunitário, nada disso se viu por aqui.

¹⁶⁰ O *Policy Statement* de 1979 do FTC, que trata da publicidade comparativa, encontra-se, vertido para o português, em § 5.3.6.

¹⁶¹ “In Europa si cominciò a parlare di pubblicità comparativa solo intorno alla metà degli anni settanta, proprio quando in America questa raggiungeva il suo culmine. Nonostante il fatto che già trenta anni fa fosse cominciato il dibattito intorno alla comparazione, per la compiuta regolamentazione della materia si dovette aspettare più di vent'anni, quando finalmente, nel 1997, venne alla luce la direttiva 6 ottobre 1997, numero 55 che modifica la direttiva 10 settembre 1984, numero 450, relativa alla pubblicità ingannevole al fine di includervi la pubblicità comparativa” (COCCIA, 2004, p. 11) [Na Europa começou-se a falar de publicidade comparativa somente por volta da metade dos anos setenta, justamente quando na América ela alcançava seu ápice. Apesar de que já havia decorrido trinta anos do início dos debates acerca da comparação, para a completa regulamentação da matéria foi necessário esperar mais vinte anos, quando, finalmente, em 1997, veio à luz a Diretiva 55, de 6 de outubro de 1997, a qual modifica a Diretiva 450, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa, a fim de incluir a publicidade comparativa]. O primeiro reconhecimento oficial acerca de direitos do consumidor, na Europa, veio com a Resolução 543, de 1973, instituindo, na Carta Européia, o Comitê Consultivo dos Consumidores.

Uma única ressalva, no entanto. O Decreto 2181/1997, de 20/03/1997, que tratou da organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor – SNDC, autoriza em seu artigo 60¹⁶² a utilização, através da publicidade comparativa, dos dados reunidos em seu cadastro de reclamações. A exceção, apesar de única, é importante, porque traduz o reconhecimento do legislador acerca das possibilidades informativas do modelo publicitário aqui tratado. De forma indireta, todavia, é variada a legislação e será indicada no Capítulo 5.3.

No âmbito privado, entretanto, as coisas se fizeram mais ágeis. Consta que no final dos anos 70, ameaçada com a possibilidade de lei que trataria de “censura prévia à propaganda”, os empresários do setor movimentaram-se e, em 22/05/1980, aprovaram o Código Brasileiro de Auto-Regulamentação Publicitária – CBAP. Mas somente em 1988 surgiu a primeira mensagem publicitária comparativa direta brasileira que a doutrina noticia: uma campanha cotejando o produto Mon Bijou ao Confort, que estava em primeiro lugar na preferência do consumidor (COELHO, 2003, p. 153).

É de se perguntar o que ocorreu de lá até aqui, como decidiram os Tribunais. Os julgados não são numerosos, o que leva à conclusão que a auto-regulamentação, apesar das críticas doutrinárias, tem se portado bem na solução dos conflitos ocorridos. Mesmo porque campanhas dessa modalidade, ao menos através do confronto franco e direto, não têm sido muito constantes em nosso país. A ausência de legislação específica sobre a matéria, em contraste com bem esmiuçadas leis sobre a propriedade industrial e antitruste, certamente tratou de afastar os interessados. *Há, portanto, uma potência contida.*

No mesmo sentido, se a publicidade comparativa tem duas faces, consumidor e mercado, a auto-regulamentação cuida mais diretamente da tutela concorrencial ao passo que o CDC nada fala sobre a modalidade comparativa. Estão a descobertos, então, a tutela dos direitos dos consumidores a respeito do tema, o que lhes impede de obrigar o seu funcionamento, promovendo a redução de preços e o incentivo à melhoria tecnológica.¹⁶³

Quando a doutrina nacional tratou da publicidade comparativa, o fez, especialmente, nas ocasiões em que se defrontou com direitos da propriedade

¹⁶² “Art. 60. Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores são considerados arquivos públicos, sendo informações e fontes a todos acessíveis, gratuitamente, vedada a utilização abusiva ou, por qualquer outro modo, estranha à defesa e orientação dos consumidores, ressalvada a hipótese de publicidade comparativa”.

industrial. Há posições contrárias e a favor. No geral os doutrinadores se inclinam a permiti-la com restrições. Essas restrições, por sua vez, não diferem daquelas expostas no Direito Comunitário do Mercosul e da União Européia.

Parece-me ser inegável que a publicidade comparativa, com os cuidados adequados, limitada e não incondicionada:

- a) permite, em benefício do mercado, um aumento das condições de concorrência, sendo que disso se espera redução de preço e melhoria da qualidade;
- b) em favor do consumidor, concorre para a melhor elaboração de juízo acerca de produtos ou serviços postos à disposição no mercado;
- c) ao lado dos agentes comerciais, é um instrumento através do qual possam fornecer dados acerca de seus bens e permita ampliar a clientela.

Nessas condições, como afirma Gianpiero COCCIA (2004, p. 12), a publicidade comparativa poderá definir-se como "*strumento di informazione*", incorporando à atividade de consumo "*valore informativo addizionale*".

¹⁶³ À exceção do citado artigo 60 do Decreto 2181/1997.

5.2 APROXIMAÇÕES TEÓRICAS

§ 5.2.1 Na legislação

Não há conceituação da publicidade comparativa no âmbito da legislação nacional e há apenas única menção, como já se disse, no Decreto 2181/1997. Mesmo no direito comunitário, a Resolução 126/96 do MERCOSUL trata somente das condições de licitude, mas não a define. Na auto-regulamentação a situação não difere: o artigo 32 do CBAP cogita somente das situações de aceitabilidade.

Diferente ocorre em parte da legislação e na auto-regulamentação estrangeira. Ainda assim, leis que tratam da defesa do consumidor como a 1.334/1998 do Paraguai, 17.250/2000 do Uruguai e o Decreto Legislativo 691/1991 do Peru, também não a conceituam. Isso se repete em alguns códigos de auto-regulamentação, como do CONARP da Argentina.

Entre outras normas estrangeiras que a definem importa ver o artigo 2A da Diretiva 84/450/CEE (com a alteração da D. 97/55/CEE), da União Européia, que a tem como “a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente”.¹⁶⁴

Nos Estados Unidos o “*Policy Statement*” da Federal Trade Commission, de 13 de agosto de 1979, a define como a que compara objetivamente outras marcas através de qualidades mensuráveis ou preço, e identifica a outra marca pelo nome, imagem ou outro dado distintivo.¹⁶⁵

Em termos de regras auto-regulamentares estrangeiras, o Código de Ética da Federação Venezuelana de Agências Publicitárias – FEVAP, a tem como a mensagem publicitária (i) que especificadamente menciona o nome do concorrente e (ii) que

¹⁶⁴ Ver em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0055:PT:HTML>> (acesso em 01/2006). Sem alterações significativas, praticamente repetem os termos da Diretiva o artigo 6 bis da Lei 39/2002, da Espanha, o artigo 16º do Decreto-lei 330/1990, Código da Publicidade, com a alteração do Decreto Lei 275/98 de 09/09/1998, Portugal, o Decreto Legislativo 74/92, modificado pelo Decreto Legislativo 67, de 25/02/2000, da Itália, O artigo L121-8 do *Code de la consommation*, da França e o §6, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG), da Alemanha.

¹⁶⁵ “For purposes of this Policy Statement, comparative advertising is defined as advertising that compares alternative brands on objectively measurable attributes or price, and identifies the alternative brand by name, illustration or other distinctive information”. Disponível em <<http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-compare.htm>> (acesso em 01/2006).

sugere o nome, embalagem, apresentação, atributo ou qualquer outro fato ou detalhe que possa relacionar-se claramente com o concorrente.¹⁶⁶

Já o Código Chileno de Ética Publicitária da Associação de Agências de Publicidade, a conceitua como sendo aquela que identifica explicitamente o concorrente ou aquela que sugere o nome, embalagem, a apresentação, atributo, fato ou elemento que se relacione com uma ou mais marcas ou empresas da concorrência ou uma indústria em particular.¹⁶⁷

Por fim, o artigo 35 do Código Colombiano de Auto-regulação Publicitária, de forma similar, define-a como sendo aquela que se refira explícita ou implicitamente a uma empresa concorrente ou a seus bens, produtos ou serviços em relação com a empresa, bens, produtos ou serviços anunciados.¹⁶⁸

§ 5.2.2 Conceituação doutrinária

Para Marco Antonio Marcondes PEREIRA (2001, p. 89), a publicidade comparativa consiste em método, ou técnica, de confronto empregado por um anunciante, destinado a enaltecer as qualidades ou preço de seus produtos ou serviços em relação a produtos ou serviços de um ou mais concorrentes, explícita ou implicitamente. E “ao enaltecer os próprios produtos num processo de comparação com a concorrência, o anunciante busca diminuir o poder de atração dos produtos e serviços comparados junto à natural clientela daquele competidor”.

Lélio Denícoli SCHMIDT (2002, p. 141) afirma que a publicidade comparativa “se alicerça em informações que procuram realçar o produto ou serviço do anunciante, pondo-o em confronto com o produto ou serviço alheio, seja para demonstrar a superioridade do primeiro sobre o segundo, seja para igualá-lo e assim permitir que usufrua o padrão de qualidade por este ostentado no mercado”.

¹⁶⁶ “Se entiende por publicidad comparativa: a) La que específicamente menciona el nombre de la competencia. b) La que sugiere el nombre, envase, presentación, atributo o cualquier otro hecho o detalle que pueda relacionarse claramente con la competencia”. Disponível em <<http://www.andaven.org>> (acesso em 01/2006).

¹⁶⁷ “Para los efectos de este Código, se entenderá por publicidad comparativa aquella que explícitamente identifica a la competencia o la que sugiere el nombre, envase, presentación, atributo, hecho o elemento que se relacione con una o más marcas o empresas de la competencia o una industria en particular”. Disponível em <<http://www.achap.cl>> (acesso em 01/2006).

¹⁶⁸ “Entiéndese por publicidad comparativa toda aquella que aluda explícita o implícitamente a una empresa competidora o a sus bienes, productos o servicios en relación con la empresa, bienes,

A publicidade comparativa ocorre, diz Fernando Gherardini SANTOS (2000, p. 32), “quando a mensagem destaca um produto ressaltando suas características em relação a outros similares de outras marcas”.

Talvani LANGE pensa que o anúncio comparativo, para se configurar como tal, “deve conter ou fazer uma menção explícita à marca(s) concorrente(s) no mesmo segmento de mercado”.

A publicidade comparativa, para Ricardo Lagreca SIQUEIRA (1998, p. 111), pode ser definida como “aquele na qual o anunciante, com o intuito de promover a implementação do consumo de seus produtos, coloca em contraposição determinadas características de produtos concorrentes, de modo a demonstrar aos consumidores algum tipo de superioridade de seu produto em relação aos demais”.

§ 5.2.3 A conceituação abrangente e seus efeitos

Retornando, agora às definições doutrinárias, aqui se faz opção, não obstante, por uma visão mais abrangente.¹⁶⁹

Os conceitos atrás relacionados exigem que a mensagem comparativa faça referência a um concorrente, não considerando a possibilidade da publicidade superlativa. Ou seja, não haveria mensagem comparativa toda vez que um produto ou serviço é comparado com seu gênero ou com todo o segmento de mercado de que participa. Atributos como “o melhor”, “o mais barato”, nesse entendimento, não caracterizariam tal modalidade publicitária.¹⁷⁰

O caso, então, é de um alargamento do conceito, mesmo porque quando são utilizados superlativos não se deixa de comparar. O núcleo conceitual deve conter, então, como essencial, não a identificação do concorrente e sim, (i) a menção às próprias prestações; (ii) a referência a outras prestações e (iii) a comparação entre essas.

productos o servicios anunciados”. Disponível em <<http://www.marketcolombia.com/Legislacion/codigoautorregulacion.asp>> (acesso em 01/2006).

¹⁶⁹ Em termos similares a Gustavo GHIDINI (*Trattato di Diritto Commercial e di Diritto Pubblico dell'economia*, apud LEITÃO, 2005, p.7).

¹⁷⁰ Na verdade, apesar de conceito formulado nessa ordem, normalmente a doutrina ou inclui a publicidade com superlativos no mesmo núcleo da comparativa ou simplesmente não se reporta a respeito.

Com isso as coisas se complicam. Já não se faz necessário discutir sobre em que condições há ou não menção inequívoca aos sinais distintivos do concorrente para efeito de conceituar determinada mensagem. Mas, por outro lado, esses efeitos precisam ser estudados já no âmbito interno dessa mensagem.

Um conceito abrangente também não fará distinção entre mensagem que demonstre igualdade de condições em vez de superioridade. Aceitar-se-á que, nessas ocasiões, sempre haverá comparação: não será outra modalidade publicitária, mas mensagem publicitária comparativa que pode, conforme as circunstâncias, ser caracterizada como parasitária. Por consequência, distanciando-se, por exemplo, da doutrina portuguesa,¹⁷¹ tratarei da publicidade superlativa como integrante da comparativa.

Em termos gerais, entende-se que os “tipos” geralmente ditos como “parasitário”, “denigratório” e outros não são modalidades da mensagem publicitária, mas formas pelas quais ela torna-se ilícita. Naturalmente, aceita-se que determinadas formas publicitárias, como, por exemplo, a não-comparativa, possam, igualmente, causar denigração ou por outra forma serem ilícitas.

Considerando as condições acima delineadas (amplitude do conceito e distinção quanto à ilicitude), a publicidade comparativa não poderia, em qualquer hipótese, ser considerada como espécie da “concorrência desleal”.¹⁷² O que admito é que a publicidade comparativa possa, desviando-se do seu caminho, conter elementos, referências e formatos que a tornem ilícita.

O intuito óbvio e primeiro de toda a comparação é angariar clientela. O desvio ou redução da freguesia alheia pode vir como consequência, mas não decorre necessariamente. Isso porque pode haver um incremento do número geral de clientes para o segmento. Ainda que ocorrer redução da clientela alheia, esse fato por si só não poderia mesmo ser tido como ilícito, já que qualquer produto novo colocado no mercado carrega consigo essa tendência.

Ademais, a comparação é própria da linguagem, interessa à livre concorrência e os empresários, no seu cotidiano, incitam-na pela mera disposição dos bens em seu estabelecimento.

¹⁷¹ A afirmação acerca do entendimento da doutrina portuguesa é dada por Adelaide Menezes Leitão (LEITÃO, 2005, p.1).

¹⁷² Em opinião diversa: “a publicidade comparativa é colocada topograficamente como uma espécie de atos denigratórios, na doutrina estrangeira ou nacional, como poderemos observar adiante” (PEREIRA, 2001, p. 90).

Dessa forma, em momentos nos quais a me referir, exemplificando, à “publicidade comparativa denigratória”, entenda-se não como uma modalidade própria da mensagem publicitária, mas, ao contrário, uma situação de fato, um desvio na mensagem que a faz tornar possível de ser sancionada.

Retornemos agora ao conceito provisório indicado em § 4.1.1: “a mensagem publicitária comparativa é aquela que confronta bens ou serviços do anunciante com de terceiros ou do mercado em geral”. Essa definição não foi atingida pelo que aqui é comentado e pode ser mantida.

Assim, em outras palavras, a publicidade comparativa é a modalidade de mensagem publicitária realizada via cotejo das diferenças ou semelhanças entre bens do anunciante e outros disponíveis no mercado.

Essa definição, geral, não abarca a licitude ou a ilicitude. E também não prevê a condição de os produtos ou serviços comparados serem concorrentes.

Apesar do que foi até aqui dito, deve-se também alertar, desde já, que uma classificação ou um conceito interessam por funcionar, por produzir ou ser útil para um determinado modelo. Deles não se pode exigir mais do que isso: não se relacionam com a realidade. O fato é que os anúncios publicitários, por vezes, são dotados ou de uma singeleza extrema ou de uma complexidade marcante, atributos tais que dificultam ou até impedem de se identificá-los como *puros* quanto à comparação. Prefiro, assim, afirmar que determinada mensagem tem um **núcleo comparativo preponderante**.¹⁷³

Essa forma de tratar o tema também tem outras razões. É que é cabível afirmar que toda ou, ao menos, a maioria das mensagens publicitárias não somente é comparativa como também incita a comparação.¹⁷⁴ “Mensagem” tal, aliás, que nem mesmo necessita estar escrita: basta, a título exemplificativo, imaginar dois televisores de marcas diferentes postados lado a lado em um *magazine* qualquer.¹⁷⁵

¹⁷³ Pretendo averiguar tanto as mensagens comparativas “puras” como aquelas que o são de forma preponderante. Dai que não interessa, ao menos aqui, investigar a diferença entre essas duas formas. O que não compete ao estudo pode ser visto através da negação: as mensagens que não são comparativas em nenhuma de suas formas. Veja que Douglas Gabriel DOMINGUES (1984, p. 118), ainda em 1984, pregava a “indivisibilidade do texto na análise da expressão publicitária”. Se com isso DOMINGUES previa uma certa dificuldade na análise dos enunciados publicitários e acenava com um método, por outro consentia com a existência, no interior da mensagem, de núcleos mais objetivos e outros persuasivos - nestes últimos, a “parte captatória da atenção”.

¹⁷⁴ Seja porque, como afirma Neusa D. GOMES (2003, p. 69) entre seus objetivos estaria modificar ou reforçar atitudes ou hábitos.

¹⁷⁵ É o que se deduz de ARISTÓTELES, para quem “toda proposição seria o enunciado de um juízo através do qual um predicado é atribuído a determinado sujeito”. Os predicados, por seu turno, seriam a essência, quantidade, qualidade, relação, lugar, tempo, posição, estado, ação e paixão.

§ 5.2.4 Decomposição da mensagem comparativa

Em linhas gerais, a comparação em si, os dados comparados e as relações daí resultantes podem ser classificados na forma como consta a seguir.¹⁷⁶

- a) Sujeito ativo: detentor dos direitos sobre o bem jurídico ou terceiro
- b) Sujeito passivo: concorrente, mercado, não-concorrente
- c) Modo: explícita, implícita (*stricto sensu* ou abrangente)
- d) Finalidade: isenta, defesa ou resposta, denigração, imitação
- e) Condições: viabilidade, comprobabilidade, fundamentação
- f) Decomposição: semelhanças, diferenças
- g) Inter-relacionamento: adjetivação (igualdade, superioridade, inferioridade, superlativos)
- h) Recomposição: descrição, ironia, humor, elogio, crítica
- i) Objeto: produtos, serviços, institucional, publicidade alheia
- j) Extensão: específica, ampla ou total
- k) Parâmetros da argumentação: pertinência, precisão, suficiência, coerência, objetividade, correção e conclusão
- l) Conteúdo: veracidade, falsidade, exagero
- m) Quantidade de dados: totais ou parciais
- n) Qualidade dos dados: essencialidade, atualidade, afinidade, valor
- o) Certificação: testemunhal, científica, opinião pública, juízo próprio
- p) Apresentação: clareza, identificação (ostensiva, dissimulada)

Entre os meios pelos quais se logra estar bem suprido de raciocínios estão – acrescenta - (i) descobrir as diferenças das coisas e (ii) a investigação da semelhança. É o excesso de uma coisa frente à outra, diz ARISTÓTELES (1983, p. XV-49), que a torna mais desejável ou mais reprovável. Aliás, todo o Livro III dos Tópicos é dedicado a comparações entre semelhantes. A descoberta das diferenças e a investigação das semelhanças será realizada através de um processo comparativo. Comparar seria, aparentemente, um procedimento simples e corriqueiro, mas, todavia, está na base da linguagem (a esse respeito ver sobre a Teoria da Metáfora em RICOEUR (2000) e LAKOFF (2002). Afinal, se repararmos bem, toda comparação exige certo vocabulário, regras de inferência, símbolos, instrumentos de medição, exige por vezes a tradução de uma perspectiva à outra. É possível dizer, então, que o nosso discurso sobre o mundo, que nos cerca e que somos, é construído através da contínua e incessante comparação.

¹⁷⁶ Com a classificação e a argumentação que a integra pretende-se dissecar a mensagem publicitária comparativa com o intuito de identificar elementos que possam ser úteis quando da sua avaliação nos Capítulos seguintes.

Repare que o requisito da licitude foi excluído e será objeto de capítulo adiante. Trata-se, então, de apenas dissecar a mensagem publicitária comparativa e indicar seus elementos principais. De fato, embora por vezes aqui sejam citadas possibilidades de sancionamento, são apenas menções gerais.

§ 5.2.4.1 Sujeito ativo

O sujeito ativo da comparação é o anunciante, pessoa física ou empresa pública ou privada, detentor dos direitos sobre o bem jurídico levado à comparação com o do concorrente.

Entretanto, institutos de defesa ao consumidor, por exemplo, poderiam bem divulgar listas de produtos comparando preços e outras características, como, aliás, faculta o artigo 60 do Decreto 2.181/1997.¹⁷⁷ Crê-se, não obstante, por não haver finalidade comercial, que tais mensagens sequer possam ser enquadradas como publicidade.

Em tese um terceiro interessado, não detentor dos direitos sobre os bens (produtos ou serviços) comparados poderia promover tal mensagem. Seria capaz, por exemplo, de apresentar os defeitos que são comuns aos produtos concorrentes. Mas, novamente não seria publicidade comparativa, pois seu conceito exige que a comparação tenha em um dos pólos os bens do anunciante. Ademais, tal modalidade peca pela finalidade, como se vê logo a seguir, já que antes de propiciar o aumento de vendas, quer é proporcionar prejuízo aos concorrentes.¹⁷⁸

¹⁷⁷ O texto: “Art. 60. Os cadastros de reclamações fundamentadas contra fornecedores são considerados arquivos públicos, sendo informações e fontes a todos acessíveis, gratuitamente, vedada a utilização abusiva ou, por qualquer outro modo, estranha à defesa e orientação dos consumidores, ressalvada a hipótese de publicidade comparativa”.

¹⁷⁸ É também a opinião de Adelaide Menezes LEITÃO (2005, p.3): “Com efeito, a publicidade comparativa, para além da referência às prestações de outro concorrente, exige uma menção às próprias prestações; ora, não se registrando esta última, falta um elemento essencial à sua caracterização *qua tale*, pelo que a mensagem deve ser vista como denegritória”. Ou seja, é o caso

§ 5.2.4.2

Sujeito passivo da comparação

O sujeito passivo da comparação pode ser (i) o concorrente, (ii) o não-concorrente, (iii) como a comparação pode dirigir-se ao mercado indistintamente.

Na maioria dos casos a comparação é realizada com produtos ou serviços de concorrente. Na sociedade de massas, na qual a diferença entre os bens colocados à disposição do consumidor por vezes é mínima,¹⁷⁹ quando existem, cabe justamente salientá-las junto aos competidores.

Quando a comparação se produz com não-concorrente, ou seja, participante de outro segmento do mercado, evidentemente não se aplicam as normas a respeito da livre competição. Todavia, alusão desse tipo não se pode ter como necessária.

Há casos, entretanto, de mensagens nas quais a comparação dirige-se ao mercado como um todo, salientando-se, por exemplo, a posição de líder.¹⁸⁰

É possível publicidade institucional comparativa? Acontece quando a comparação dirigir-se diretamente ao concorrente e não a seus produtos ou serviços. Entretanto, dificilmente tal comparação poderia ocorrer com dados objetivos. Pode, ademais, enquadrar-se como parasitária.¹⁸¹

Note que está excluída do conceito adotado a autocomparação. É o caso no qual o anunciante compara seu produto atual com outro que comercializava. Mas é preciso algum cuidado: por vezes essa é apenas uma situação aparente que obscurece a existência de uma verdadeira comparação com os demais concorrentes.¹⁸²

§ 5.2.4.3 Modo da comparação

O modo de comparação refere-se ao uso dos sinais distintivos do concorrente. Nesse âmbito, a comparação pode ser classificada em explícita ou implícita, sendo que esta última pode ser subdividida em *stricto sensu* e abrangente.

de modalidade publicitária não-comparativa (no estrito limite do conceito), mas sancionável pela denigração.

¹⁷⁹ A respeito, CÁDIMA (1997): “se antes da revolução industrial o fenômeno concorrencial não se fazia sentir nos mercados, ao nível, por exemplo, da disputa das mercadorias de artesãos (típica da economia medieval), com a estandardização dos produtos e o surgimento dos grandes monopólios, tudo se modifica”. O discurso publicitário, então, deixa de ser meramente funcional (“um tal produto está em tal lugar com tal preço”) e passa a ser simbólico por excelência” .

¹⁸⁰ Ver § 8.2.2.5.

¹⁸¹ Ver § 6.2.4.

A comparação *explícita* ocorre quando o concorrente é nomeado, indicando-se qualquer um dos seus sinais distintivos.¹⁸³ Adiante, quando se abordar as diversas posições doutrinárias, poderá ser notado que é a mensagem publicitária comparativa explícita que causa maior controvérsia nos meios doutrinários.

Já na comparação implícita *stricto sensu* esses sinais distintivos não são apresentados, mas sim sugeridos, de forma que, por essa via, pode-se saber a quem se refere (SCHMIDT, 2002, p. 150).¹⁸⁴

A comparação é implícita abrangente¹⁸⁵ quando tem por objeto o mercado em geral, sem a citação dos sinais distintivos e com o uso geralmente de superlativos (por isso é também chamada de hiperbólica ou laudatória). Disto decorrem três possibilidades: pelo auto-elogio (“é o melhor do mercado”), elogio (“são bons, mas o meu também é”) ou denigração (“são piores que o meu”).

§ 5.2.4.4 Finalidade da comparação

Quanto à finalidade, a mensagem publicitária comparativa pode ser isenta, de defesa ou resposta ou com o fim exclusivo de prejudicar o concorrente.

A finalidade “isenta” é aquela na qual prepondera o sentido informativo. Isso não vem a significar que a finalidade se esgote na informação. Por certo todos que dão ensejo a esse tipo de publicidade, como à publicidade em geral, tencionam, de alguma forma, angariar clientela.

Pode-se promover a mensagem comparativa como defesa à outra realizada pelo concorrente. Essa postura pode se tornar discutível quando houver aproveitamento da campanha anteriormente formulada pelo competidor, e poderá ser enquadrada como parasitária.

A finalidade poderia ser simplesmente de prejudicar o concorrente, caso em que configura concorrência desleal.¹⁸⁶

¹⁸² Cf. LEITÃO, 2005, p.2.

¹⁸³ Alguns a denominam de direta.

¹⁸⁴ Também denominada de indireta ou não-ostensiva.

¹⁸⁵ Haveria, em tese, a possibilidade da publicidade comparativa explícita abrangente. Seria o caso em que estão indicados expressamente todos os concorrentes, comparando-os preços ou os bens de cada um deles. Não se localizou, no entanto, nenhum caso dessa ordem.

¹⁸⁶ Veja exemplos em § 6.2.5. Quanto à licitude, ver também, em § 5.4.5.1 o princípio da finalidade ou do uso justificado dos sinais distintivos de outrem.

§ 5.2.4.5 Condições da comparação

A comparação está condicionada à sua viabilidade, comprobabilidade e fundamentação.

A viabilidade pode ser de fato, técnica ou jurídica. A primeira refere-se à própria existência dos bens a serem comparados, podendo gerar a consequência da falsidade. Na verdade, em tese seria possível a comparação com produto ou serviço inexistente sem denegrir o competidor. Basta que fale de uma hipótese, por exemplo: “no futuro todos os carros terão asas”. A existência a ser considerada por seu turno, nem sempre é física, como é o caso da oferta de crédito. A viabilidade jurídica, por seu lado, será vista nos capítulos 6, 7, 8 e 9. A viabilidade técnica vincula-se com a possibilidade de extrair comparações entre os bens - ou seja, há casos em que as diferenças essenciais seriam tantas que praticamente invalidariam as razões da comparação.

Por ora diga-se que é condição da comparação a existência de fundamentação, seja, de argumentação fundamentada. É ela que vai, posteriormente, possibilitar a averiguação da veracidade, pertinência e suficiência.

Mas a comparação não somente deve estar fundamentada, como deve ser comprovável e os dados devem estar disponíveis para consulta, ônus que cabe ao anunciante segundo a alínea “c” do artigo 32 do CBAP. Por seu turno, fatos comprováveis diferem de opiniões pessoais e juízos de valor. É que “os primeiros dizem respeito a determinadas circunstâncias de consenso generalizado, por isso, podem ser provados”. Já “as opiniões pessoais e os juízos de valor não podem ser comprovados porque não trazem o conteúdo de falsidade ou verdade, assim, exprimem subjetivamente um gosto, uma preferência, uma impressão sem análise mais detida dos fatos, ou na ausência de conhecimento técnico científico, sem apuração efetiva da realidade” (PEREIRA, 2001, p. 104).

§ 5.2.4.6 Operações: decomposição, inter-relacionamento e recomposição

Na comparação, o primeiro procedimento é a decomposição dos bens comparados e identificação de suas semelhanças e diferenças. O segundo consiste em inter-relacionar tais bens, através das mesmas semelhanças e diferenças, por meio de adjetivos comparativos (igualdade, superioridade, inferioridade) ou superlativos. Por fim, cuida-se de apresentar tais operações, recompondo os objetos, o que se poderá dar através de qualquer técnica literária, entre elas, a descrição, elogio, ironia, humor, sátira, crítica ou imitação.

Na maioria dos casos a comparação faz-se através de um misto de descrição de semelhanças e diferenças, com, ao final, indicação de superioridade.

Também se pode comparar para indicar inferioridade. A literatura relata caso em que a empresa Avis Rent a Car afirmava ser a número dois do segmento e pedia que fosse escolhida, apesar de existir a empresa número um, a Hertz. Após alguns anos a Hertz anunciou: “*For years, Avis has been telling you Hertz is nº. 1. Now we're going to tell you why*” (COELHO, 2003, p. 153).¹⁸⁷

É possível comparar tecendo elogios ao adversário, embora o mais provável seja o uso do auto-elogio. Na primeira hipótese pode ocorrer a comparação parasitária (PEREIRA, 2001, p. 95).

O humor e a sátira são elementos comuns das mensagens publicitárias. Mas, em conjunto com a crítica, merecem tratamento cuidadoso quando se tem em mãos a publicidade comparativa, ou levarão à denigração, tal qual fazem a sátira e a zombaria.¹⁸⁸

Faça-se, por fim, menção ao uso de superlativos. Alguma doutrina entende que, nesse caso, caracteriza-se a publicidade em “tom excludente”, de maneira que a comparação passe a um efeito secundário e não principal.¹⁸⁹ Ainda que assim o fosse, não se imagina seja o suficiente para excluí-la do conceito de publicidade comparativa, mas apenas, em determinadas situações, de sancioná-la.

§ 5.2.4.7 Objeto da análise comparativa

¹⁸⁷ “[“Por anos a Avis tem-lhe dito que a Hertz é a nº 1. Agora lhe diremos porque”].

¹⁸⁸ Ver § 8.2.2.7.

¹⁸⁹ É o caso de Adelaide Menezes LEITÃO (2005, p.2).

É possível ter como objeto da análise comparativa os produtos, serviços, o próprio concorrente ou sua atividade, seus signos distintivos e até mesmo a forma publicitária adotada. Ou seja, todos os bens que possam dizer respeito à atividade empresarial.

Normalmente a comparação se faz entre produtos ou serviços. Quando o objeto for o próprio concorrente será o caso da publicidade institucional comparativa, já tratada quando se abordou a situação do sujeito passivo.

Não se descarta a hipótese da comparação dirigir-se para a própria mensagem do concorrente. Poderá, por exemplo, ironizar a forma publicitária adotada e até mesmo imitá-la em parte para fins de criticá-la. Mas com isso pode ofender a direitos autorais e concorrenciais.¹⁹⁰

§ 5.2.4.8 Extensão da análise comparativa

Quanto à extensão, a análise comparativa poderá ser específica, ampla ou total. Isto é, pode se dedicar a uma das características do produto ou serviço comparado, a um grande número ou a todas as características.

Na verdade, mais importante do que a extensão da análise, importa a sua suficiência.

Segundo PEREIRA (2001, p. 104), quanto aos produtos, “não cabe a comparação genérica, devendo um ou determinados produtos ser previamente escolhidos”.

5.2.4.9 Os parâmetros

Os dados que se fazem presentes na mensagem comparativa podem ser analisados conforme parâmetros concernentes à pertinência, precisão, suficiência, coerência, objetividade, correção, veracidade e conclusão.

A **pertinência** pode ser constatada perquirindo-se pela finalidade. Assim, como o objetivo empresarial é intrínseco à mensagem publicitária, não é pertinente, por exemplo, a análise semântica da palavra “televisor” em comparação com outros

aparelhos domésticos. A pertinência também tem vínculo com a qualidade dos bens comparados, no sentido de que sejam do mesmo gênero, segmento do mercado e tempo de fabricação. Não será pertinente comparar modelos de anos diferentes, a não ser que se queira demonstrar a evolução do produto (art. 32, d, CBAP).¹⁹¹

A **precisão** refere-se à minúcia e à correta delimitação da comparação e seus critérios. Relaciona-se com a quantidade.

A **suficiência** da comparação, por sua vez, tem a ver com a importância e relevância dos dados analisados, descobrindo e separando o que é essencial e o que é supérfluo. Atrela-se à adequação na escolha dos bens para os fins pretendidos, isto é, com a qualidade. Assim, pode-se dizer que “a comparação não precisa estender-se a todas as características dos bens analisados, bastando a escolha de algumas delas, desde que sejam essenciais aos bens ou serviços comparados” (PEREIRA, 2001, p. 104). Pecará por omissão, no entanto, o anunciante que não apresentar os dados suficientes para a comparação.

Discute-se se a informação dos critérios da comparação, caso parciais, tornaria lícita a mensagem, já que assim o consumidor teria ciência dos limites.¹⁹²

Por sua vez, a **coerência** ou logicidade relacionam-se com estruturação dos dados analisados, com o seu arranjo, disposição, plano, de forma que das constatações haja relação necessária com o resultado.

A **objetividade** liga-se com a imparcialidade, e significa a análise, apresentação e conclusão desapaixonada e não partidária. Assim, devem ser evitadas comparações de natureza subjetiva, fundadas em base de caráter psicológico ou emocional (art. 32, b, CBAP). A idéia de imparcialidade não obsta que se possa dizer só os pontos positivos e omitir os negativos, à exceção do § 3º. do art. 37 do CDC (dados essenciais) (SCHMIDT, 2001, p. 41).

A **correção** tem a ver com o resultado lógico, certo, ao passo que a **veracidade** relaciona-se com o resultado adequado, original, insubstituível.

A comparação incorreta vem de erro na análise dos dados. A comparação falsa resulta de uma série de alegações verdadeiras que levam a uma conclusão falsa. Ou seja,

¹⁹⁰ Ver § 7.5.

¹⁹¹ Assim diz Adelaide M. LEITÃO (2005, p.14) “Ora, a publicidade comparativa só cumpre essa função [de disponibilizar mais e melhor informação ao consumidor] quando a comparação é objetiva, incide sobre características relevantes e tem como objeto bens ou serviços idênticos. (...) Nestes termos, as comparações sobre detalhes menores são consideradas ilícitas e os produtos têm de ser semelhantes nas suas características essenciais, nomeadamente na qualidade, na quantidade, no resultado e no preço”.

¹⁹² Ver § 9.1.3.3.

neste último caso, mente-se dizendo a verdade (PEREIRA, 2001, p. 106). Porém, também pode haver falsidade quanto ao conteúdo, como veremos depois.

A **conclusão** relaciona-se com a interpretação dos resultados individuais colhidos na análise, com a existência de adequada fundamentação.

Esses parâmetros acima referidos são substituídos, na análise da licitude da mensagem publicitária, pela enganosidade. Desta se falará mais em § 9.1, adiante. Apenas conste, por ora, que a publicidade pode ser enganosa por comissão ou por omissão, ou seja, pela afirmação que possa levar o consumidor a erro, como pela ausência de indicação de elemento essencial.

§ 5.2.4.10 Conteúdo

Os dados apresentados na mensagem publicitária podem ser falsos ou verdadeiros. Mas também pode ocorrer, como já vimos, de se utilizar, quanto aos produtos ou serviços, de expressões exageradas, comuns no meio publicitário, tais como “é o melhor”, “a mais barata do mundo”, e outras.

É preciso, no entanto, distinguir entre veracidade, enganosidade e correção na comparação.¹⁹³

§ 5.2.4.11 Quantidade e qualidade dos dados comparados

Quanto à quantidade, os dados coletados podem ser totais ou parciais. É um parâmetro da suficiência da análise.

Já a qualidade relaciona-se com a essencialidade, atualidade, afinidade e valor – isto é, com a pertinência da comparação.

Características essenciais, por sua vez, “são os elementos determinantes dos bens ou serviços, que são levados em consideração na decisão do consumidor”. Assim, “um veículo pode ser comparado a outro se tomado por base, ao mesmo tempo, o espaço, o consumo de combustível e a tomada de velocidade, sem consideração de outras qualidades do carro concorrente” (PEREIRA, 2001, p. 104).

¹⁹³ Ver § 8.1.1.

Os dados analisados devem ser atuais, pois “não se pode aceitar o confronto entre produtos não equivalentes no tempo”. Assim, “o anúncio que compara carros de anos e modelos diferentes perde-se em razão da falta de atualidade, salvo se o fim for a demonstração da evolução científica” (PEREIRA, 2001, p. 106).

A afinidade significa a proximidade entre os bens comparados, que pode garantir a pertinência da comparação. Pode ser atestada pelo pertencimento ao mesmo gênero, ao mesmo segmento de mercado, por suprir as mesmas necessidades, ser mesma origem e outros atributos.

O valor, por seu turno, não se traduz somente em preço e suas condições, mas refere-se também aos atributos do produto ou serviço comparado, tais como sua aparência, finalidade, utilidade, preço, status, gênero, origem, nível, durabilidade, etc.

Os bens “não precisam ser idênticos, mas similares, caracterizada esta similaridade quando, pertencendo a uma mesma categoria genérica, sirvam; de modo usual, para a satisfação de idênticas necessidades” (PLAZA apud PEREIRA, 2001, p. 104).

Não será pertinente, por exemplo, “a comparação de produtos do anunciante com alheios que sejam desconhecidos ou de limitada participação no mercado”. Além disso, “uma grande empresa não tem interesse em estabelecer a comparação de seus produtos com outros que sejam desconhecidos, pois estaria emprestando a sua força no mercado ao concorrente, que se aproveitaria gratuitamente da marca da anunciante”. Eventual comparação desse tipo, não obstante, pode ter como fim mero caráter informativo ao consumidor (PEREIRA, 2001, p. 104).

§ 5.2.4.12 Formas de certificação

A certificação refere-se tanto aos dados e como à própria comparação, isto é, o seu resultado.

Essa certificação geralmente é realizada com o auxílio de análise própria ou de terceiros, pesquisas científicas, relatos testemunhais e da opinião pública.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Excluem-se aqui, como em todo o decorrer do capítulo, observações acerca da licitude. Veja a respeito § 9.1, quanto à enganosidade. Veja também o princípio da fundamentação, em § 5.4.5.3.

§ 5.2.4.13 A apresentação

Na mensagem a apresentação dos dados poderá ser avaliada segundo a identificação e a clareza.

Quanto à identificação, a comparação pode ou não ser ostensiva. Se não for, ou será clandestina ou dissimulada.¹⁹⁵

Uma mensagem publicitária pode ser precisa e, não obstante, ser obscura, ou seja, que seu significado não seja bem compreendido. Embora mensagem assim resulte contrária a um dos princípios de elaboração, pode ocorrer, por exemplo, que o duplo sentido venha denegrir competidor.

Até mesmo através do *teaser* é possível dissimular-se a mensagem publicitária. Eis um exemplo. Faixas espalhadas com os termos "Fugiu uma cadela labrador chamada Daisy. Criança inconsolável" e mais um número de telefone. As faixas foram produzidas de maneira amadora, exatamente como as usadas por proprietários de cães nessas ocasiões e foram colocadas em locais públicos em várias cidades, como também foi produzida mensagem no rádio e na TV com igual teor. Dias mais tarde, revelava-se, por meio de anúncios em jornais, que as faixas eram um *teaser* para o relançamento da ração canina e o número de telefone servia para cadastrar consumidores. Para o CONAR (Repr 119/00) a atividade publicitária deve sempre ser ostensiva, com indicação clara da marca, da firma, da entidade patrocinadora de qualquer anúncio ou campanha. Mesmo o *teaser* não pode manipular a boa-fé, a credulidade e outros sentimentos do consumidor. Além disso, o fato de ter que ser curioso não obriga nem justifica que o *teaser* seja mentiroso.

¹⁹⁵ Ver § 9.3.

5.3 CONFORMAÇÃO LEGISLATIVA NACIONAL E ESTRANGEIRA

Contempla o Capítulo um panorama sobre a legislação que envolve a publicidade comparativa em alguns países da América do Sul, do Norte e Europa. Procura não somente apontar a leis vigentes, mas, no possível, indicar a feição histórica-legislativa. No que concerne ao espaço nacional, a legislação será melhor vista através da principiologia: por ora é caso, apenas, de indicar o formato e alinhavar uma classificação.

§ 5.3.1 Tratamento legislativo

Os ordenamentos legais estrangeiros consultados¹⁹⁶ tratam da publicidade de duas formas (i) em legislação específica (Código da Publicidade) ou (ii) através de leis esparsas, em especial o Código de Defesa do Consumidor, Direito Concorrencial e de Propriedade Intelectual.

Na maioria dos países a publicidade comparativa é autorizada, mas com restrições. Essas restrições, por sua vez, como veremos, seguem quase sempre na mesma direção.

Constata-se um vetor iniciado com um ato da FTC (*Federal Trade Commission*) norte-americana, repercutindo no Direito Comunitário Europeu (com restrições) e que vem tendendo a se inserir nos países da América do Sul, como se vê das normas do MERCOSUL. Assim será interessante que a ordem de apresentação, a seguir, seja inversa ao que aqui se comenta.

No caso brasileiro, nossos legisladores não trataram de organizar em código ou lei específica as normas relativas à Publicidade como fez, por exemplo, o legislador português e o espanhol. A Publicidade, em todo caso, está parcialmente disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor. Não há, entretanto, norma legal que trate diretamente da publicidade comparativa.

Há, todavia, como já se disse, referência direta no Código Brasileiro de Auto-Regulamentação, na Resolução n. 126/96 do Mercosul e no Decreto 2.181/1997.

Ainda que já tenha sido comentado acerca da possibilidade de integrar o CBAP através da principiologia, poder-se-ia, ainda, cogitar de agregá-lo através do artigo 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, que autoriza o juiz a decidir o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito (PEREIRA, 2001, p. 103).¹⁹⁷

As normas que tratam da publicidade em nosso país podem ser precariamente classificadas em (i) aquelas que se referem à atividade publicitária em si, (ii) à defesa do cidadão quando no mercado de consumo, (iii) à defesa do mercado. Dessa classificação excluiu-se, como normas genéricas que são (neste aspecto), a Constituição de 1988, o Código Civil Brasileiro e o Código Penal.

No primeiro grupo estão o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária (CBAP), a regulamentação do exercício da profissão de publicitário (Lei 4.680/1965, Decreto 57.690/1966, Decreto 4563/2002) e a Resolução 126/96 do MERCOSUL.

No segundo grupo podem ser encontrados o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/1990), a organização da defesa do consumidor (Decreto 2181/1997), as leis que tratam da regulamentação de produtos sujeitos a regulamentos especiais, tais como os fumígenos, bebidas alcoólicas, medicamentos, agrotóxicos (Lei 9294/1996, Lei 6360/1976, Lei 7802/1989) e a regulamentação acerca de venda em prestações (Decreto-Lei 58/1937, Lei 6.463/1977).

Por último estão a Lei Antitruste (Lei 8884/1994), a Lei da Propriedade Industrial (Lei 9279/1996), a lei de crimes contra a economia popular (Lei 1521/1951), a Lei das Contravenções Penais (DL 3.688/1941) e a lei que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo (Lei 8137/1990). Neste último grupo pode-se inserir a legislação sobre direitos autorais (Lei 9.610/1998) e a Convenção de Paris.

§ 5.3.2 Mercosul

¹⁹⁶ Pesquisei através da Internet. Os endereços eletrônicos das bases de dados constam no início da discussão acerca de cada país. Preferencialmente utilizei bases de dados de organismos governamentais.

¹⁹⁷ Aliás, como afirma Mara S.O.S. MARAN (2003, p. 149), “alguns autores, entre eles Maria Luiza Andrade Figueira de Sabóia CAMPOS, têm defendido que a auto-regulamentação em razão do uso reiterado é a *communis opinio necessitatis*, adquiriu todos os foros de normas consuetudinárias no direito pátrio, tendo assim, cunho plenamente jurídico ainda que subsidiário”. Todavia, afirma a própria MARAN: “todavia, no nosso entendimento, é uma instância ética, subsidiária e interpretativa, que não pode substituir a regulamentação legal”.

O MERCOSUL autorizou a publicidade comparativa através da Resolução n. 126/96, de 13/12/1996, em seu item III:¹⁹⁸

“III) A publicidade comparativa será permitida sempre que sejam respeitados os seguintes princípios e limites:

- a) que não seja enganosa;
- b) seu principal objetivo seja o esclarecimento da informação ao consumidor;
- c) tenha por princípio básico a objetividade na comparação e não dados subjetivos, de caráter psicológico ou emocional;
- d) a comparação seja passível de comprovação;
- e) não se configure como concorrência desleal, desprestigiando a imagem de produtos, serviços ou marcas de outras empresas;
- f) não estabeleça confusão entre os produtos, serviços ou marcas de outras empresas”.

Todavia, ensina MARQUES (1997), a legislação comunitária “não é imediatamente coercitiva no plano interno, nem encontra legitimidade supranacional na Constituição brasileira”. De fato, o Tratado de Assunção dispõe em seus arts. 38, 39 e 40 que as normas aprovadas no Mercosul só irão vigorar “após a sua entrada em vigor internamente nos quatro países membros”. Daí que, explica Mara S.O.S. MARAN, “a legislação oriunda do Mercosul, face à consciente supranacionalidade mínima que lhe foi concedida, só se integrará à ordem jurídica interna por vontade e atuação interna dos governantes em cumprimento de suas obrigações de direito internacional público”.¹⁹⁹ Além disso, essa norma aguarda a conclusão do Regulamento Comum sobre Defesa do Consumidor e de seu respectivo Glossário.

Há um complexo de leis na **Argentina** que pode ser utilizada como fonte nos conflitos sobre publicidade comparativa: *Ley de lealdad Comercial* (Lei 22.802), *Ley de patentes de invención e modelos de utilidad* (Lei 24.481, modificada pela 24.572),

¹⁹⁸ Para análise mais pormenorizada acerca da Publicidade no MERCOSUL veja MARAN, 2003. A norma pode ser vista em <<http://www.comercio.gov.ar/dnpce/documentos/resolucion1261996.doc>> e também em <<http://www.mercosur.int>> (acesso em 01/2006).

¹⁹⁹ MARAN (2003, p. 98-99) explica que o “que diferencia o Mercosul da União Européia é o fato de que aqueles que elaboram e propõem sua legislação não possuem nenhuma autonomia, enquanto que a Comissão Européia é um órgão supranacional e autônomo e seus membros só devem fidelidade à própria causa da integração e ao seu desenvolvimento”. A questão, então, é da ausência de harmonização.

Ley de modelos e deseños industriales (Decreto-Lei 6.673/93), *Ley de marcas e designaciones* (Lei 22362), *Ley de Propiedad intelectual* (Lei 11.723), *Ley de defensa de la competencia* (Lei 25.156, regulamentada pelo Decreto 89/2001), *Ley de defensa del Consumidor* (Lei 24.240), Código Penal (em especial o art. 159) e Código Civil. A Constituição Argentina, também, no 2º parágrafo do artigo 42, dispõe que os consumidores têm direito à informação adequada e veraz, como também devem liberdade de escolha. A espelhar a forma brasileira, nenhuma dessas leis trata especificadamente da publicidade comparativa. Mas, diz MARAN, diferentemente do Brasil, “a Lei Argentina tutela todos os adquirentes de bens e serviços voltados ao mercado, sejam ou não consumidores ou usuários finais” (MARAN, 2003, p. 162). A atividade publicitária em geral, por sua vez, vem sendo vista com base na Lei nº 22.802 (regulamentada pela Resolução 789/99), “que trata da lealdade comercial, reprimindo o uso de palavras, descrições, frases, marcas ou quaisquer outros sinais que possam induzir a erro, engano ou confusão com respeito à natureza, qualidade ou origem dos produtos” (COELHO, 2003, p. 164).

Por outro lado, o *Código de Ética y Autorregulación Publicitaria do CONARP* (*Consejo de Autorregulación Publicitaria*), trata da publicidade comparativa em seu artigo 19,²⁰⁰ autorizando-a sob certas circunstâncias: (i) respeitar os direitos de propriedade intelectual e industrial; (ii) ter como finalidade informar o consumidor sobre vantagens comprováveis do produto anunciado; (iii) referir-se a produtos equiparáveis; (iv) pautar pela exatidão e verdade; e (v) a comparação ser objetiva e comprovável.

²⁰⁰ “Art. 19º - Los mensajes que contengan comparaciones de precios u otras características deben: 1. Respetar los derechos de propiedad intelectual e industrial. 2. Tener como finalidad informar al consumidor sobre las ventajas comprobables del producto anunciado. 3. Referirse a productos equiparables. 4. Ser exactos y reflejar la verdad, bajo las mismas condiciones. 5. Ser presentadas en forma objetiva de manera que la comparación sea comprobable. Art. 20º Conforme con el artículo anterior, los mensajes comparativos no deben: 1. Crear confusión con la comparación. 2. Poner en ridículo o denigrar al otro producto. 3. Deformar la imagen de otros productos. 4. Atentar contra el buen nombre o prestigio de terceros. 5. Intentar crear una situación de rechazo hacia los productos de la competencia o sus usuarios. Art. 21º Cuando en los mensajes se haga uso de encuestas éstas deben ser realizadas en forma metódica, representativa y verificable, debiendo poder refrendar con las mismas el contenido del mensaje” [As mensagens que contenham comparação de preços ou outras características devem: 1. respeitar os direitos de propriedade intelectual e industrial. 2. ter a finalidade de informar ao consumidor as vantagens comprováveis do produto anunciado. 3. referir-se a produtos equiparáveis. 4. ser exatos e refletir a verdade, sob as mesmas condições. 5. serem apresentadas em forma objetiva, de maneira que a comparação seja comprovável. Art. 20º Conforme o artigo anterior, as mensagens comparativas não devem: 1. criar confusão com a comparação. 2. por em ridículo ou denegrir o outro produto. 3. deformar a imagem de outros produtos. 4. atentar contra o bom nome ou prestígio de terceiros. 5. tentar criar situação de repulsa aos produtos da concorrência ou seus usuários. Art. 21º Quando as mensagens fizerem uso de enquetes, estas

Em maio de 2005 a Corte Argentina pronunciou-se sobre disputa envolvendo as cervejarias Quilmes e Isenbeck, em caso que abriu as portas para uma utilização mais tranquila da publicidade comparativa. Ao julgar, a Corte fez distinção entre a publicidade como (i) uso de marca alheia como se fosse sua e (ii) referência a uma marca. Concluiu que a publicidade comparativa, desde que leal e veraz, tomando em conta produtos homogêneos e considerando características essenciais, sem apresentar denigração ou descrédito, traz benefícios ao mercado no âmbito da livre concorrência.

Há, ainda, um projeto de lei em trâmite no Senado argentino (4095/05), que prevê a regulamentação da publicidade comparativa. O Projeto, de autoria do Senador Norberto Massoni, apresenta em seu artigo 3º texto que muito se assemelha à Diretiva da Comunidade Européia que adiante será tratada.²⁰¹

No **Paraguai**, a lei 1334/1998,²⁰² *Ley de defensa do Consumidor y do usuario*, regula a publicidade em seu capítulo VIII, proibindo a publicidade abusiva e a enganosa. Quanto à publicidade comparativa, o artigo 36 desse mesmo capítulo dispõe que ela não será permitida quando “através de ações dolosas ou declarações gerais e indiscriminadas, induza o consumidor a estabelecer superioridade de um produto ou serviço sobre outro”.²⁰³

Por seu lado, a *Ley de Marcas* (lei 1.294/98), conceitua a concorrência desleal (Título III) como sendo “todo ato contrário às boas práticas e ao uso honrado em matéria industrial ou comercial” (art. 80),²⁰⁴ e, entre outras ações, “o uso indevido da marca”. Mais especificamente, o artigo 84²⁰⁵ proíbe o uso público de signo idêntico a

devem se realizar de forma metódica, representativa e verificável, devendo referendar o conteúdo da mensagem.]. O texto pode ser localizado em <<http://www.conarp.org.ar>> (acesso em 01/2006).

²⁰¹ Veja o projeto em <<http://www.senado.gov.ar/web/proyectos/cuerpo1.php>> (acesso em 01/2006).

²⁰² A legislação paraguaia foi obtida através de <<http://leyes.com.py>> (acesso em 01/2006).

²⁰³ “Artículo 36.- No será permitida la publicidad comparativa cuando, a través de acciones dolosas o de declaraciones generales e indiscriminadas, se induzca al consumidor a establecer la superioridad de un producto o servicio sobre otro” [Não será permitida a publicidade comparativa quando, a través de ações dolosas ou declarações gerais e indiscriminadas, o consumidor seja induzido a estabelecer superioridade de um produto sobre outro.].

²⁰⁴ “Artículo 80. - Constituye competencia desleal todo acto contrario a la buena práctica y al uso honrado en materia industrial o comercial” [Constitui concorrência desleal todo ato contrário à boa prática e ao uso honrado em matéria industrial ou comercial.].

²⁰⁵ “Artículo 84. - El titular de un derecho de uso exclusivo de una marca registrada o de un nombre comercial podrá entablar acción ante la autoridad judicial contra cualquier persona que cometiera infracción de ese derecho. Constituirá la infracción al derecho del titular de una marca registrada cualquiera de los siguientes actos: (...) g) Usar públicamente un signo idéntico o similar a la marca o al nombre comercial, aún para fines no comerciales, cuando ello pudiese causar dilución de la fuerza distintiva o del valor comercial o d) publicitario del signo, o un aprovechamiento injusto de su

uma marca ou nome comercial, ainda que para fins não comerciais, quando ele for capaz de causar diluição da força distintiva ou do valor comercial ou publicitário do signo, ou um aproveitamento injusto de seu prestígio.

No mesmo sentido, a Lei 1034/83 (*del Comerciante*) dedica seu Capítulo II à concorrência desleal, caracterizando-a por (i) usar nomes ou signos distintivos que possam causar confusão com os usados legitimamente por outros, (ii) imitar os produtos de concorrente ou realizar por qualquer outro meio atos suscetíveis de criar confusão com os seus produtos ou com sua atividade, (iii) difundir notícias ou estimativas sobre os produtos ou atividade de concorrente para ocasionar seu descrédito ou apropriar-se dos méritos de seus produtos, (iv) utilizar direta ou indiretamente qualquer meio contrário aos princípios da ética profissional que possam causar dano ao concorrente.²⁰⁶

O fato é que, no Paraguai, a *Ley de defensa do Consumidor y do usuario*, ao estabelecer as condições proibitivas do uso da publicidade comparativa (ações dolosas ou “declarações gerais”), acaba admitindo-a em outros formatos.

A defesa do consumidor no **Uruguai**²⁰⁷ vinha sendo tratada através da Lei 17.189/99, a qual, ainda que abordasse a publicidade enganosa, nada dizia sobre publicidade abusiva. Quanto à publicidade comparativa, a legislação a autorizava sempre que tivesse por base a objetividade da comparação e não se fundamentasse em dados subjetivos de caráter psicológico ou emocional e desde que a comparação fosse passível de comparação (artigo 25) (MARAN, 2003, p. 168). A lei 17.189/99, no entanto, foi derogada pela lei 17.250, de 11 de agosto de 2000. Porém, o teor do artigo (e até mesmo o número) continuou o mesmo.²⁰⁸

prestigio” [O titular de um direito de uso exclusivo de uma marca registrada ou de um nome comercial poderá promover ação ante a autoridade judicial contra qualquer pessoa que cometer infração a esse direito. Constitui infração aos direitos do titular de uma marca registrada qualquer dos seguintes atos: (...) g) Usar publicamente um signo idêntico ou similar à marca ou ao nome comercial, ainda que para fins não comerciais, quando esse uso puder causar diluição de sua força.].

²⁰⁶ “a) *Usar nombres o signos distintivos que puedan causar confusión con los legítimamente usados por otros; b) Imitar los productos de un competidor, o realizar por cualquier otro medio actos susceptibles de crear confusión con los productos o con la actividad de aquél; c) Difundir noticias o apreciaciones sobre los productos o actividad de un competidor, para ocasionar su descrédito o apropiarse de los méritos de los productos de aquél; d) Utilizar directa o indirectamente cualquier medio contrario a los principios de la ética profesional que puedan causar daño al competidor”.*

²⁰⁷ A legislação uruguaia pode ser vista em <<http://www.parlamento.gub.uy>> (acesso em 01/2006).

²⁰⁸ “Artículo 25 - La publicidad comparativa será permitida siempre que se base en la objetividad de la comparación y no se funde en datos subjetivos, de carácter psicológico o emocional; y que la comparación sea pasible de comprobación” [A publicidade comparativa será permitida sempre que se

Considere-se, também, que a lei 17011/98, *Ley de Marcas*, trata como ilícito penal, em seu artigo 81, *o uso, fabrico, falsificação ou imitação de uma marca inscrita no respectivo registro, com o fim de lucrar ou causar prejuízo.*²⁰⁹

Por seu lado, a *Asociación Uruguaya de Agencias de Publicidad (AUDAP)* editou um Código de Ética²¹⁰ que dispõe sobre a publicidade comparativa em seus artigos 10 a 12. Em linhas gerais, o Código permite-a, desde que os dados sejam objetivos e comprováveis, não conduzam à confusão, não denigra o concorrente e a própria publicidade.

Portanto, também o Uruguai disciplina a publicidade comparativa, aceitando-a com certas restrições.

§ 5.3.3 Outros países da América do Sul

Na **Venezuela**²¹¹ a *Ley de protección al consumidor y al usuario*, Lei 37.930/2004, nada diz sobre a publicidade comparativa. Porém o item 6 do artigo 8, proíbe a publicidade subliminar, falsa ou enganosa e métodos coercitivos ou desleais que distorçam a liberdade de escolha.²¹² O Capítulo VI da mesma lei exige que a informação à disposição do público seja certa e objetiva; o artigo 63 proíbe o comércio fraudulento; e o artigo 64 proíbe a publicidade abusiva. O artigo 66, por sua vez, prevê a retificação publicitária.

Na legislação anterior, Lei 4.898/1995, a publicidade comparativa era proibida a menos que o anunciante tivesse em seu poder elementos probatórios do declarado

baseie na objetividade da comparação e não se fundar em dados subjetivos, de caráter psicológico ou emocional, e desde que a comparação seja passível de comprovação.]

²⁰⁹ “Artículo 81.- *El que con el fin de lucrar o causar perjuicio use, fabrique, falsifique, adultere o imite una marca inscripta en el registro correspondiente a otra persona, será castigado con seis meses de prisión a tres años de penitenciaría*” [Aquele que com o fim de lucrar ou causar prejuízos use, fabrique, falsique, adultere ou imite uma marca inscrita no registro correspondente a outra pessoa, será castigado com seis meses de prisão a três anos de penitenciária].

²¹⁰ O Código de Ética pode ser visto em <<http://www.audap.com.uy>> (acesso em 01/2006).

²¹¹ A legislação venezuelana pode ser consultada em <<http://www.asambleanacional.gov.ve>> (acesso em 01/2006).

²¹² “Artículo 6.- *Son derechos de los consumidores y usuarios: (...) 8.a protección contra la publicidad subliminal, falsa o engañosa, los métodos comerciales coercitivos o desleales que distorsionen la libertad de elegir y las prácticas o cláusulas impuestas por proveedores de bienes y servicios que contrarién los derechos del consumidor y el usuario en los términos expresados en esta Ley*” [São direitos dos consumidores e usuários: (...) 8. a proteção contra a publicidade subliminar, falsa ou enganosa, contra os métodos comerciais coercitivos ou desleais que distorçam a liberdade de escolha e contra as práticas ou cláusulas imposta por provedores de bens e serviços que contrariarem os direitos do consumidor e do usuário nos termos desta lei.].

(art. 48, § 4º, Código de Defesa do Consumidor) (PEREIRA, 2001, p. 98; COELHO, 2003, p. 164).

Por sua vez, o *Código de Ética de la Federación Venezolana de Agencias Publicitarias – FEVAP*,²¹³ trata desse modelo publicitário nos artigos 20 e 21. Resumidamente, a considera aceitável desde que (i) respeite os princípios da ética comercial, (ii) seja objetiva, (iii) sua finalidade seja de informar o consumidor; (iv) não denigra e nem atente contra o bom nome e o prestígio.

Considere-se, ainda, observação de Daniele M. T. COELHO (2003, p. 164), para quem, na Venezuela, “apesar de existir uma lei que admite a Publicidade Comparativa, coexiste com ela outra lei, que tem por escopo proteger os direitos do titular de marca”. Assim, “a veiculação de Publicidade Comparativa que faça referência à marca de propriedade alheia, poderá ser impedida com base na proteção conferida pela Lei de Propriedade Intelectual vigente neste país”.

No Peru, o Decreto Legislativo 691, de 07/06/1991,²¹⁴ que trata da publicidade em relação aos direitos do consumidor, autoriza, através do artigo 8º, a publicidade comparativa desde que não denigratória. Assevera, no entanto, o mesmo artigo, que toda comparação deve ser específica, veraz e objetiva e deve dar uma visão de conjunto dos principais aspectos dos produtos comparados.²¹⁵ Consta ainda, do artigo 7º, que todo anúncio deve respeitar a livre e leal concorrência.

A lei de repressão à concorrência desleal (Decreto-Lei 26122/1992) considera atos de concorrência desleal as comparações inapropriadas, o aproveitamento da reputação alheia, e as afirmações falsas ou não comprováveis que decorram da comparação (arts. 7º e 12) (PEREIRA, 2001, p. 98).

Por sua vez, o *Código de Ética Publicitária da Asociación Nacional de Anunciantes* nada fala acerca da Publicidade Comparativa.²¹⁶

²¹³ O código de ética está em <<http://www.andaven.org>> (acesso em 01/2006).

²¹⁴ A legislação peruana está digitalizada em <<http://www.leyes.congresodegob.pe>> (acesso em 01/2006).

²¹⁵ “Artículo 8º: Es lícito hacer comparaciones expresas de productos, incluyendo lo relativo a precios, si la comparación no denigra a los competidores ni confunde a los consumidores. Toda comparación debe ser específica, veraz y objetiva, y debe dar una apreciación de conjunto de los principales aspectos de los productos comparados” [É lícito fazer comparações expressas de produtos, incluindo a relativa a preços, desde que a comparação não venha denegrir os concorrentes e nem confundir os consumidores. Toda comparação deve ser específica, veraz e objetiva, e deve dar uma estimativa do conjunto dos principais aspectos dos produtos comparados.].

²¹⁶ O Código pode ser consultado através de <<http://www.aspec.org.pe>> (acesso em 01/2006).

Repare que ao exigir uma “uma visão de conjunto dos principais aspectos dos produtos comparados”, a lei peruana aproxima-se tanto da exigência de comparação dos dados essenciais, como da recomendação interpretativa do anúncio disposta no artigo 37 do CBAP quanto a uma verificação do “impacto provável do anúncio, como um todo, sobre aqueles que irão vê-lo e ouvi-lo”.

No **Chile**, confirma Daniele Maria Teixeira COELHO (2003, p. 164), não há regra especial alguma relativa à publicidade comparativa. A jurisprudência tem-na tratada como “ato de concorrência desleal quando não se reveste de objetividade e veracidade, sendo enganosa e tendenciosa ao menosprezar o concorrente”, utilizando-se da legislação que versa sobre a concorrência desleal, o Decreto-lei nº 211, de 1973 (hoje consolidado pelo DFL-1, de 07/03/2003).²¹⁷

A lei de defesa dos consumidores (Lei 19.496/1997), todavia, prevê em seu artigo 3º a obrigação de informar os consumidores de forma veraz e oportuna, sanciona a indução a erro, como igualmente prevê a possibilidade de publicidade corretiva (art. 31).

Por seu turno, o *Código Chileno de Ética Publicitária da Asociación de Agencias de Publicidad*²¹⁸ trata da publicidade comparativa em seus artigos 10 a 11, autorizando-a desde que (i) não induza a erro (ii) apóie-se em antecedentes objetivos e comprováveis, (iii) compare bens e serviços que satisfaçam as mesmas necessidades ou tenham a mesma finalidade; (iv) a comparação seja entre produtos fabricados no mesmo período; (v) não dê lugar à confusão; (vi) compare de modo objetivo uma ou mais características essenciais, pertinentes, verificáveis e representativas; (vii) não sugira que determinado produto ou serviço possui características particulares ou exclusivas quando essas sejam comuns a produtos ou serviços similares.

5.3.4 União Européia

²¹⁷ A legislação chilena citada pode ser encontrada em <<http://www.subdere.gov.cl>> (acesso em 01/2006).

²¹⁸ Veja o Código em <<http://www.achap.cl>> (acesso em 01/2006).

A publicidade comparativa é regulada no direito comunitário europeu²¹⁹ através da Diretiva 97/55/CE, de 23 de outubro de 1997, a qual, por sua vez, alterou os termos da Diretiva 84/450/CE de 10/09/1984.

O Parlamento Europeu considerou que (i) apesar de a Diretiva anterior (89/104/CEE de 21/12/1988) conferir ao titular de uma marca registrada um direito exclusivo (ii) pode ser indispensável para efetuar publicidade comparativa eficaz a identificação de produtos ou de um competidor fazendo referência à sua marca ou nome comercial. Além disso, entendeu o Parlamento que (iii) a utilização de sinais distintivos de terceiros, desde que respeitando as normas legais, não atenta contra o direito exclusivo, pois consistiria somente em distinguir entre eles e, portanto, ressaltar as diferenças de forma objetiva.²²⁰

A publicidade comparativa será lícita no MCE desde que opere segundo o artigo 3 bis da Diretiva 84/450/CEE (alterado, então pela D. 97/55/CEE). Isto é:

“Artigo 3ºA

1. A publicidade comparativa é autorizada, no que se refere exclusivamente à comparação, quando se reúnam as seguintes condições:
 - a) Não ser enganosa nos termos do nº 2 do artigo 2º, do artigo 3º e do nº 1 do artigo 7º;
 - b) Comparar bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objetivos;
 - c) Comparar objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço;
 - d) Não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre as marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e do concorrente;
 - e) Não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente;

²¹⁹ A legislação citada pode ser vista em <<http://europa.eu/scadplus/leg/pt/lvb/l32010.htm>>, sendo a Diretiva em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0055:PT:HTML>> (acesso em 01/2006).

²²⁰ Estas afirmações constam dos considerandos que antecedem o texto da Diretiva. O texto também inclui alteração na Diretiva 84/450/CE para constar a conceituação, a qual já foi apresentada neste estudo em § 5.2.1.

- f) Referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação;
 - g) Não retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes;
 - h) Não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida.
2. Qualquer comparação que faça referência a uma oferta especial deve indicar de forma clara e inequívoca o seu termo ou, se necessário, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços; quando a oferta especial ainda não se tenha iniciado, a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica deve também ser indicada”.

Conforme defende Ricardo Lagreca SIQUEIRA (1998, p. 125), a partir da constatação de que, em certos casos, seria indispensável utilizar nomes registrados e marcas para que se possa efetivar comparação em condições objetivas e eficazes, a Diretiva 97/55/CEE acabou contornando o problema “ao entender que essa utilização da marca registrada do concorrente não quebra o exclusivo direito de propriedade que este possui, uma vez que o uso está sendo feito para distinguir entre o produto do anunciante e do concorrente, com o intuito de atender às demais condições de objetividade e materialidade impostas pela legislação e evitar causar dúvida ou confusão nos consumidores”.

O que se verá a seguir é que houve uniformização da legislação dos países membros, adaptando-a aos termos desta Diretiva.

Em Portugal a publicidade está disciplinada através do Decreto-lei 330/1990, Código da Publicidade. Esse Código sofreu alterações posteriores (Decreto-Lei 74/93, 6/95, 61/97, 275/98, 51/2001 e Lei 31-A/98). O Decreto-Lei 275/98, de 09/09/1998, implementou a Diretiva comunitária citada. Antes disso, o artigo 16 do Decreto-lei 330/1990 dizia, simplesmente: “é proibida a publicidade que utilize comparações que não se apóiem em características essenciais, afins e objetivamente demonstráveis dos bens ou serviços ou que os contraponha com outros não similares ou desconhecidos”. Além disso, atribuía o ônus da prova ao anunciante. Todavia, com

a alteração promovida pelo Decreto-Lei 275/98, esse artigo foi remodelado para conter os preceitos da Diretiva.²²¹

Na **Espanha** a Publicidade foi originalmente disciplinada através do Estatuto da Publicidade (Lei 61, de 11/06/1964).²²² Posteriormente, após ter entrado em vigor a Constituição Espanhola de 1978, foi promulgada a Lei Geral da Publicidade, em 1988. Essa lei, por sua vez, em razão de Diretiva da Comunidade Européia 97/55/CEE, foi alterada pela Lei 39/2002. É a lei que ora vigora, com nova modificação derivada da Lei Orgânica 1/2004.²²³

O artigo 2 da Lei Geral da Publicidade²²⁴ conceitua a publicidade como “toda forma de comunicação, realizada por pessoa física ou jurídica, pública ou privada, em exercício de uma atividade industrial, artesanal ou profissional, com o fim de promover de forma direta ou indireta a contratação de bens móveis ou imóveis, serviços, direitos e obrigações”.

Já o artigo 3²²⁵ trata da publicidade ilícita, considerando como tal a (i) a que atente contra a dignidade da pessoa ou vulnere os valores e direitos reconhecidos na

²²¹ A legislação pode ser vista em <<http://www.consumidor.pt/portal>> (acesso em 01/2006). O teor do Decreto-Lei 275/98 não foi transscrito aqui porque é praticamente idêntico ao da Diretiva.

²²² Segundo Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 93), “com base na interpretação do art. 10 do Estatuto da Publicidade de 1964, o Tribunal Central de Publicidade proferiu inúmeras decisões contrárias à publicidade comparativa até o ano de 1976”. Acrescenta, ainda, que “havia o entendimento de que essa espécie de publicidade equiparava-se à confusão, atos denigratórios, e comportamento ofensivo às normas de correção profissional”.

²²³ A legislação pode ser consultada em <<http://civil.udg.es/normacivil/estatal/contract/Lgp.htm>> (acesso em 01/206)

²²⁴ “Artículo 2 - A los efectos de esta Ley, se entenderá por: *Publicidad: Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones. Destinatarios: Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que éste alcance*” [Para os efeitos desta lei se entenderá por publicidade: toda forma de comunicação realizada por uma pessoa física ou jurídica, pública ou privada, no exercício de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional, com o fim de promover de forma direta ou indireta a contratação de bens móveis ou imóveis, serviços, direitos e obrigações. Destinatários: as pessoas a quem se dirija a mensagem publicitária ou que sejam por ela alcançadas].

²²⁵ “Artículo 3 - Es ilícita: a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 18 y 20, apartado 4. Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género. b) La publicidad engañosa. c) La publicidad desleal. d) La publicidad subliminal. e) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios” [É ilícita: a) a publicidade que ofenda a dignidade da pessoa ou vulnere os valores e direitos reconhecidos pela Constituição, especialmente os referidos nos artigos 18 e 20, seção 4. Se entenderão incluídos na previsão anterior os anúncios

Constituição; (ii) a publicidade enganosa; (iii) a publicidade desleal; (iv) a publicidade subliminar; e (v) a publicidade que venha a afrontar as normas específicas de determinados produtos, bens, atividades ou serviços.

Considera-se publicidade desleal, segundo o art. 6²²⁶ da legislação citada, (i) a que provocar o descrédito, denigração ou menosprezo; (ii) a que induzir confusão; e (iii) a publicidade comparativa quando afrontar sua norma própria.

Especialmente sobre a publicidade comparativa, sendo esta a que mencionar explícita ou implicitamente um competidor ou os bens e serviços por ele oferecidos, trata o artigo 6 bis de forma muito semelhante ao que consta na diretiva comunitária.²²⁷

Para Anxo Tato PLAZA, “*estos requisitos, además, deben ser objeto de una interpretación flexible, pues no en vano proceden de una Directiva comunitaria cuyo fin último es admitir las comparaciones publicitarias*”. É o que, segundo PLAZA (2006), foi admitido pelo Tribunal de Justiça da Comunidade Européia em sentença de 8 de abril de 2003 (Pipig Augenoptik), na qual se afirma que “*los*

que apresentem mulheres de forma vexatoria, tanto quanto utilizando particular e diretamente seu corpo ou partes do mesmo como mero objeto desvinculado do produto que se pretende promover, bem como sua imagem associada a comportamentos estereotipados que vulnerem os fundamentos de nosso ordenamento coadjuvando a gerar a violencia a que se refere a Lei Orgânica de medidas de proteção integral contra a violência de gênero. b) a publicidade enganosa. c) a publicidade desleal. d) a publicidade subliminar. e) a publicidade que ofenda o disposto na norma que regule a publicidade de determinados produtos, bens, atividades ou serviços].

²²⁶ “Artículo 6 - Es publicidad desleal: a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menoscabo directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos. b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles. c) La publicidad comparativa cuando no se ajuste a lo dispuesto en el artículo siguiente” [É publicidade desleal: a) aquela que por seu conteúdo, forma de apresentação ou difusão, provoca descrédito, denigração ou menosprezo direto ou indireto de uma pessoa ou empresa, de seus produtos, serviços, atividades ou circunstâncias ou de suas marcas, nomes comerciais ou outros signos distintivos; b) aquela que induz a confusão com as empresas, atividades, produtos, nomes, marcas ou outros signos distintivos dos concorrentes, assim como a que faça uso injustificado da denominação, siglas, marcas ou insígnias de outras empresas ou instituições, ou das denominações de origem ou indicações geográficas de outras empresas ou instituições e, em geral, a que seja contrária às exigências da boa fé e às normas de correção e bons usos mercantis; c) a publicidade comparativa quando não se ajuste ao disposto no artigo seguinte.].

²²⁷ Em todo caso, o texto da Diretiva, em espanhol, para fins de comparação, por ser visto em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0055:ES:HTML>> (acesso em 01/2006).

requisitos impuestos a la publicidad comparativa deben interpretarse en el sentido más favorable a este tipo de publicidad".²²⁸

Como se vê, cumpridas as exigências acima, é lícita na Espanha a publicidade comparativa.

Na **Itália**, na ausência de norma a respeito da publicidade comparativa, a questão vinha sendo tratada através da incidência do artigo 2.598 do Código Civil,²²⁹ na via da concorrência desleal.

No entanto, seguindo a Diretiva da União Européia, a publicidade comparativa passou a ser regulamentada pelo Decreto Legislativo 74/92, modificado pelo Dec. Legislativo 67, de 25/02/2000.²³⁰ Apesar disso, a norma citada apresenta uma observação com respeito à forma de verificação do confronto objetivo, entendendo-o por satisfeito quando os dados contidos nas ilustrações da característica do bem ou serviço publicado sejam suscetíveis de demonstração.²³¹

²²⁸ [“Esses requisitos, ademais, devem ser objeto de uma interpretação flexível, pois não é em vão que originam de uma diretiva comunitária cujo fim último é admitir as comparações publicitárias”].[“Os requisitos impostos à publicidade comparativa devem interpretar-se no sentido mais favorável a esse tipo de publicidade”].

²²⁹ A informação é dada por Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 94). A norma tem a seguinte redação: “Art. 2598. *Atti di concorrenza sleale. Compie atti di concorrenza sleale chiunque: 1) usa nomi o segni distintivi idonei a produrre confusione con i nomi o con i segni distintivi legittimamente usati da altri, o imita servilmente i prodotti di un concorrente, o compie con qualsiasi altro mezzo atti idonei a creare confusione con i prodotti e con l’attività di un concorrente; 2) diffonde notizie e apprezzamenti sui prodotti e sull’attività di un concorrente, idonei a determinare il discredito, o si appropria di pregi dei prodotti o dell’impresa di un concorrente; 3) si vale direttamente o indirettamente di ogni altro mezzo non conforme ai principi della correttezza professionale e idoneo a danneggiare l’altrui azienda*” [Atos de concorrência desleal. Comete atos de concorrência desleal qualquer pessoa que: 1) usa o nome ou sinais distintivos de maneira capaz de produzir confusão com os nomes ou com os sinais distintivos usados licitamente por outro, ou imita servilmente os produtos de um concorrente, ou comete, através de qualquer outro meio, atos capazes de gerar confusão com os produtos e com a atividade de um concorrente; 2) faz difundir notícias e estimativas sobre os produtos e sobre a atividade de um concorrente, de forma capaz de produzir descrédito, ou se apropria dos méritos dos produtos ou do trabalho de um concorrente; 3) vale-se diretamente ou indiretamente de qualquer outro meio não adequado aos princípios da correção profissional e capaz de prejudicar empresa alheia.]. A legislação pertinente pode ser vista em <<http://www.agcm.it>> (acesso em 01/2006).

²³⁰ A lei em referência pode ser vista em <<http://www.parlamento.it/leggi/deleghe/00067dl.htm>> (acesso em 01/2006). Para confronto, o texto da Diretiva, em italiano, está em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0055:IT:HTML>> (acesso em 01/2006).

²³¹ “1. (...)c) confronta oggettivamente una o più caratteristiche essenziali, pertinenti, verificabili e rappresentative, compreso eventualmente il prezzo, di tali beni e servizi; (...)2. Il requisito della verificabilità di cui al comma 1, lettera c), si intende soddisfatto quando i dati addotti ad illustrazione della caratteristica del bene o servizio pubblicizzato sono suscettibili di dimostrazione.”. [1. (...) c) compare objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, verificáveis e representativas, compreendendo eventualmente o preço, de tais bens e serviços; (...) 2) O requisito da verificabilidade do que consta no parágrafo 1º, letra “c”, se entenderá satisfeito quando os dados

Desde 18 de janeiro de 1992 a publicidade estava regulamentada na **França** através da Lei 92-60/1992, Lei de Reforço à Proteção dos Consumidores, lei de certa forma restritiva.²³² A jurisprudência francesa, a seu lado, resumia a publicidade comparativa ao adágio "*comparer c'est dénigrer*".²³³

Somente em 1992, por ocasião da implementação das teorias de defesa do consumidor, passou a se aceitar as mensagens comparativas (LEITÃO, 2005, p.5). Como nos demais países da União Européia, lei de 23 de outubro de 2001 (2001-741), adaptando-se à Diretiva já comentada, modificou a situação legislativa, alterando artigos (L121-8 e seguintes) do *Code de la consommation*.

A essa altura, como afirma WILHELM (2006) o direito positivo francês já se encontrava muito próximo do texto da Diretiva. Todavia, e ainda assim, o mesmo doutrinador coleciona alterações e visualiza alguns temas imprecisos: (i) a definição do que seja publicidade comparativa implícita (sendo possível, em todo caso, inspirar-se nas noções de “consumidor-médio”, parasitismo ou denigração), (ii) a substituição da expressão bens “da mesma natureza” por bens “que respondam às mesmas necessidades ou tenham o mesmo objetivo” e (ii) a atribuição da objetividade ao preço.

Anote-se, por fim, que o legislador francês também fez constar no artigo L 121-12 do *Code de la consommation* determinação de que o anunciante deve estar em condições de provar em breve prazo a exatidão material (*l'exactitude matérielle*) dos enunciados, indicações e apresentações contidas na mensagem.²³⁴

No **Reino Unido**, antes da implementação da Diretiva 97/55/CEE a publicidade comparativa era considerada autorizada pela doutrina e pelos tribunais. Assim afirma Daniele M. T. COELHO (2003, p. 160-161): “ao procedermos com as

contidos nas ilustrações da característica do bem ou serviço publicado sejam suscetíveis de demonstração(...)].

²³² A respeito desse período veja COELHO, 2003, p. 156/157. A legislação francesa pode ser consultada em <<http://www.legifrance.gouv.fr>> (acesso em 01/2006). Pascal WILHELM (2006), que faz um expressivo sumário histórico das condições legais da publicidade comparativa na França, também confirma que antes da Lei 92-60 “*la publicité comparative était purement et simplement interdite*”.

²³³ SERRA YVES. *Le droit français de la concurrence*. Paris: Dalloz, 1993. p. 45 apud PEREIRA, 2001, p. 97. [“comparar é denegrir”].

²³⁴ L 121-12: “*Sans préjudice des dispositions de l'article L. 121-2, l'annonceur pour le compte duquel la publicité comparative est diffusée doit être en mesure de prouver dans un bref délai l'exactitude matérielle des énonciations, indications et présentations contenues dans la publicité*” [Sem prejuízo das disposições do artigo L. 121-2, o anunciante responsável pela difusão da publicidade comparativa deve estar em condições de provar em prazo breve a exatidão dos enunciados, indicações e apresentações contidos na mensagem publicitária].

nossas pesquisas, constatamos que, apesar de a Publicidade Comparativa ter uma conotação diferente da adotada pelos Estados Unidos, ela vem sendo praticada na Inglaterra pelo mesmo tempo que naqueles". Isto é, continua, tem então a Inglaterra "adotado uma postura menos restritiva".²³⁵

Em todo caso, complementando esses dados, o *Statutory Instrument* 2000/914, alterou o *The Control of Misleading Advertisements Regulations 1988* (*no caso da publicidade comparativa, através do item 4^a*), praticamente copiando a Diretiva 97/55/CE.²³⁶ Essa a norma que hoje vigora, com as alterações do *Statutory Instrument* 2003/3183, o qual implementa disposições do *Communications Act 2003 ("the 2003 Act")* e *Broadcasting Act 1996 ("the 1996 Act")*.

A legislação da **Alemanha** era considerada como uma das mais restritivas da União Européia. Para valer-se da Publicidade Comparativa o anunciante precisaria demonstrar motivo suficiente ou legítimo. Igualmente, deveria comprovar que o anúncio estaria restrito a informações verdadeiras e objetivas, as quais não poderiam ultrapassar o estritamente necessário.²³⁷

O percurso das mensagens comparativas na jurisprudência alemã foi, entretanto, de progressivo alargamento da permissão, havendo autorização para "comparação de métodos industriais e de sistemas de distribuição (*Systemvergleich*), legítima defesa (*Abwehrvergleich*), comparação a pedido dos consumidores (*Auskunftvergleich*), comparação para explicar um progresso técnico ou econômico (*Fortschrittsvergleich*)". Além disso, "a partir da década de sessenta, decorrente do trabalho dos tribunais inferiores, que se alargou posteriormente ao BGH, a teoria do motivo suficiente (*hinreichender Anlass*) permitiu que as exceções à ilicitude da

²³⁵ A doutrinadora cita as normas do Section 10(6) of the 1994 Act, que transcreve: '*Nothing in the preceding provisions of this Section shall be construed as preventing the use of a registered trade mark by any person for the purpose of identifying goods or services as those of the proprietor or a licensee. But, any such use otherwise than in accordance with honest practises in industrial or commercial matters shall be treated as infringing the registered trade mark if the use, without due cause take unfair advantage of, or is detrimental to, the distinctive character or repute of the trade mark*' [Nada na previsão precedente desta Seção poderá ser entendido como impedimento ao uso de uma marca registrada por qualquer pessoa para os fins de identificar mercadorias ou serviços dos quais seja proprietário ou licenciado. Mas qualquer uso contrário às práticas honestas em matéria industrial ou comercial deverá ser tratado como infringente ao registro de marcas, desde que o uso, sem justa causa gerar vantagem desleal ou seja danoso ao caráter distintivo ou reputação de uma marca registrada].

²³⁶ O texto da norma inglesa poderá ser visto em <<http://www.opsi.gov.uk>> (acesso em 01/2006). Para confronto com a Diretiva comunitária, em inglês, veja <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0055:EN:HTML>> (acesso em 01/2006).

²³⁷ Essa informação extrai-se de COELHO, 2003, p. 161.

publicidade comparativa fossem alargadas, atendendo a outros interesses, como o do público em ser informado" (LEITÃO, 2005, p.9).

Por fim, por influência da Diretiva, há aceitação dessa modalidade publicitária, sem, aliás, necessidade da obrigação do anunciante demonstrar motivo suficiente e legítimo (COELHO, 2003, p. 161). A Diretiva foi transposta para o § 3 da *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb* (UWG),²³⁸ seja a lei que sanciona a concorrência desleal. A legislação foi, entretanto, modificada novamente em 3 de Julho de 2004, sendo que a publicidade comparativa (*Vergleichende Werbung*) passou a ser tratada no § 6, o qual, em linhas gerais, reflete a Diretiva da União Européia.

Essa transposição da Diretiva, entretanto, não se fez sem a superação de alguma objeções. Essas, entretanto, como discorre Adelaide Menezes LEITÃO (2005, p.24), teria, entretanto, a verdadeira razão "antes no fato de temer o acesso ao mercado alemão, de preços altos, por Estados-membros com preços baixos, dado a diretiva permitir a comparação de preços". Isso teria ficado claro "no fato de as pequenas e médias empresas dos Estados que praticavam preços mais baixos serem favoráveis à diretiva".

Na **Suíça**, a considerar o que afirma Adelaide Menezes LEITÃO (2005, p.7), "país de significativa dimensão empresarial e com uma forte tradição doutrinária em torno da concorrência desleal, desde cedo se admitiu a publicidade comparativa (UWG 1943)". Na UWG 1986, lei de concorrência desleal, "tipificaram-se, pela primeira vez, os pressupostos da licitude da publicidade comparativa: ser exata, não ser enganosa, não ser desnecessariamente ofensiva e não ser parasitária".

§ 5.3.5 Outros países da União Européia:²³⁹

Um quadro geral:

- a) Áustria: permitida, desde que não seja enganosa;

²³⁸ A legislação alemã pode ser vista em <<http://transpatent.com/gesetze/uwg.html>>, enquanto que o texto da Diretiva na língua alemã, para eventual confronto, se encontra em <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0055:DE:HTML>> (acesso em 01/2006).

²³⁹ Os dados a seguir foram extraídos do extenso estudo organizado por Reiner SCHULZE e Hans SCHULTE-NÖLKE (SCHULZE, 2006).

- b) Bélgica: permite, adotando os termos da Diretiva 97/55/EC. As organizações profissionais podem proibi-la, desde que necessário para manter a dignidade e regras profissionais de conduta;
- c) Dinamarca: permite, adotando os termos da Diretiva 97/55/EC;
- d) Finlândia: permite, na forma da Diretiva, desde que não seja desleal, enganosa ou venha afetar o comércio de outros competidores;
- e) Grécia: permite, adotando os termos da Diretiva 97/55/EC;
- f) Luxemburgo: a Diretiva 97/55/EC foi transposta para as normas do país;
- g) Holanda: a Diretiva 97/55/EC foi transposta para as normas do país.

§ 5.3.6 Estados Unidos

A publicidade comparativa vem sendo adotada nos Estados Unidos desde a década de sessenta. É aceita e considerada benéfica. É que “a cultura norte-americana defende a total liberdade de expressão e acredita que os prejuízos que porventura decorram da utilização da marca alheia numa publicidade comparativa são compensados pelos benefícios trazidos aos consumidores” (COELHO, 2003, p. 162).

O controle se faz na via administrativa, pela FTC (*Federal Trade Commission*), órgão criado em 1914, que regula a livre concorrência e as relações de consumo. Restringe-se a publicidade desonesta, enganosa e exagerada. O direito de se defender contra a prática de publicidade comparativa só ocorre se houver falsidade. Ao lesado cabe a proteção do estipulado no *Lanham Trade Mark Act* (15 USC 1051 et seq. Section 43 a). Afora isso, a utilização de marcas registradas na publicidade comparativa é livre (COELHO, 2003, p. 163).

Por sua vez, a *Federal Trade Commission*, em 13 de agosto de 1979, distribuiu instrução, a qual, por si só, demonstra claramente o interesse em não somente autorizar mas promover a publicidade comparativa, condenando códigos de auto-regulamentação que a restrinjam. Diz o FTC: “a Comissão tem apoiado o uso de comparações de marcas quando os critérios de comparação são claramente identificados”. Assim, concluiu “a publicidade comparativa, quando veraz e não enganadora, fornece informações importantes aos consumidores, auxiliando-os na

tomada de decisões racionais de compra” e “encoraja o desenvolvimento e inovação de produtos, e pode levar à queda de preços no mercado”.²⁴⁰

²⁴⁰ “FEDERAL TRADE COMMISSION - WASHINGTON, D. C. 20580 - August 13, 1979 The Commission's staff has conducted an investigation of industry trade associations and the advertising media regarding their comparative advertising policies. In the course of this investigation, numerous industry codes, statements of policy, interpretations and standards were examined. Many of the industry codes and standards contain language that could be interpreted as discouraging the use of comparative advertising. This Policy Statement enunciates the Commission's position that industry self-regulation should not restrain the use by advertisers of truthful comparative advertising. (b) Policy Statement - The Federal Trade Commission has determined that it would be of benefit to advertisers, advertising agencies, broadcasters, and self-regulation entities to restate its current policy concerning comparative advertising. Commission policy in the area of comparative advertising encourages the naming of, or reference to competitors, but requires clarity, and, if necessary, disclosure to avoid deception of the consumer. Additionally, the use of truthful comparative advertising should not be restrained by broadcasters or self-regulation entities (c) The Commission has supported the use of brand comparisons where the bases of comparison are clearly identified. Comparative advertising, when truthful and non-deceptive, is a source of important information to consumers and assists them in making rational purchase decisions. Comparative advertising encourages product improvement and innovation, and can lead to lower prices in the marketplace. For these reasons, the Commission will continue to scrutinize carefully restraints upon its use. (1) Disparagement - Some industry codes which prohibit practices such as "disparagement," "disparagement of competitors," "improper disparagement," "unfairly attacking," "discrediting," may operate as a restriction on comparative advertising. The Commission has previously held that disparaging advertising is permissible so long as it is truthful and not deceptive. In Carter Products, Inc., 60 F.T.C. 782 modified [1963 trade cases ¶ 70,902], 323 F.2d 523 (5th Cir. 1963), the Commission narrowed an order recommended by the hearing examiner which would have prohibited respondents from disparaging competing products through the use of false or misleading pictures, depictions, or demonstrations, "or otherwise" disparaging such products. In explaining why it eliminated "or otherwise" from the final order, the Commission observed that the phrase would have prevented: respondents from making truthful and nondeceptive statements that a product has certain desirable properties or qualities which a competing product or products do not possess. Such a comparison may have the effect of disparaging the competing product, but we know of no rule of law which prevents a seller from honestly informing the public of the advantages of its products as opposed to those of competing products. 60 F.T.C. at 796. Industry codes which restrain comparative advertising in this manner are subject to challenge by the Federal Trade Commission. (2) Substantiation - On occasion, a higher standard of substantiation by advertisers using comparative advertising has been required by self-regulation entities. The Commission evaluates comparative advertising in the same manner as it evaluates all other advertising techniques. The ultimate question is whether or not the advertising has a tendency or capacity to be false or deceptive. This is a factual issue to be determined on a case-by-case basis. However, industry codes and interpretations that impose a higher standard of substantiation for comparative claims than for unilateral claims are inappropriate and should be revised. 1. For purposes of this Policy Statement, comparative advertising is defined as advertising that compares alternative brands on objectively measurable attributes or price, and identifies the alternative brand by name, illustration or other distinctive information". [Livre versão: “Instrução acerca do tratamento da publicidade comparativa. (...) 13 de agosto de 1979. (a) Introdução. A Comissão conduziu investigação de associações de comércio e indústria e mídia publicitária sobre sua política quanto à publicidade comparativa. No curso da análise foram examinados inúmeros códigos de ética, instruções, interpretações e padrões de comportamento. Muitos dos códigos de ética e padrões de comportamento contêm linguagem que poderia ser interpretada como desencorajadora do uso da publicidade comparativa. Esta Instrução enuncia a posição da Comissão no sentido de que os códigos de autoregulamentação não devem restringir o uso, pelos anunciantes, da publicidade comparativa veraz. (b) Instrução A FTC entendeu que seria benéfico aos anunciantes, agências de publicidade, empresas de radiodifusão e entidades autoregulamentadoras, restabelecer a sua posição vigente acerca da publicidade comparativa. A política da Comissão, na área da publicidade comparativa, encoraja a nomeação ou referência a competidores, mas exige clareza, e, se necessário, a divulgação de dados confidenciais para evitar o logro ao consumidor. Além disso, o uso da publicidade comparativa veraz não deve ser refreado por empresas de radiodifusão e órgãos de auto-regulação. (c) A Comissão tem apoiado o uso de comparações de marcas quando os critérios

de comparação são claramente identificados. A publicidade comparativa, quando veraz e não enganadora, fornece informações importantes aos consumidores, auxiliando-os na tomada de decisões racionais de compra. A publicidade comparativa encoraja o desenvolvimento e inovação de produtos, e pode levar à queda de preços no mercado. Por essas razões, a Comissão continuará observando de perto restrições a seu uso. (1) Depreciação. Alguns códigos de ética que proíbem práticas tais como "depreciação", "depreciação de competidores," "depreciação indevida," "ataque injusto," "descrédito," podem restringir a publicidade comparativa. A Comissão já anteriormente sustentou que a publicidade depreciativa é permitida na medida em que for verdadeira e não-enganadora. Em *Carter Products, Inc.*, 60 F.T.C. 782 modificado [1963 lides comerciais ¶ 70,902], 323 F.2d 523 (5ª. Cir. 1963), a Comissão restringiu um mandado do Conciliador, no qual se pretendia proibir litigantes de depreciar produtos concorrentes através uso de imagens falsas ou enganosas, descrições, ou demonstrações, "ou outra forma" de depreciação de tais produtos. Na explicação do porquê eliminou a expressão "ou outra forma" do final do mandado, a Comissão observou que a frase poderia impedir: "litigantes de fazer declarações verazes e não-enganadoras de que um produto tem certas qualidades e propriedades, as quais um produto competidor não possui. Tal comparação pode ter o efeito de depreciar o produto competidor, mas sabemos que não há lei que impeça um vendedor de prestar informação honesta ao público acerca das vantagens de seus produtos em relação aos que concorrem com ele" (60 F.T.C. at 796). Os Códigos de ética que restringem a publicidade comparativa, nessa forma, desafiam a *Federal Trade Commission*. (2) Prova. Em certas ocasiões, as entidades de auto-regulação exigem um alto padrão de prova pelos anunciantes que usam publicidade comparativa. Mas a Comissão avalia a publicidade comparativa da mesma forma que avalia as demais técnicas publicitárias. A questão final é saber se a mensagem publicitária tratada tem tendência ou capacidade para ser falsa ou enganosa. Essa é uma questão de fato a ser vista nas premissas de cada caso. Assim, os códigos de ética e interpretações que imponham um maior nível de prova para os anúncios comparativos que para os anúncios unilaterais são inapropriados e devem ser revisados. 1. Para os termos desta Instrução, publicidade comparativa é definida como a publicidade que compara objetivamente outras marcas através e qualidades mensuráveis ou preço, e identifica a outra marca pelo nome, imagem ou outro dado distintivo.] O texto pode ser localizado no site da F.T.C. em <<http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-compare.htm>> (acesso em 01/2006). Notas sobre a versão. Preferiu-se "instrução" a "relatório", como normalmente se entende "policy statement". O enunciado "industry codes" foi transscrito para "códigos de ética" para espelhar melhor a realidade brasileira. Traduz-se "truthful" por "veraz", já que esta palavra contém referência tanto à honestidade como veracidade. O termo "disclosure" tanto pode significar "dar a conhecer os riscos para que o usuário seja esclarecido" como quebra de confidencialidade. É também a denominação do mecanismo através do qual as empresas de capital aberto divulgam seus dados mais relevantes. Veja-se *full disclosure* como "publicidade material" (no sentido de ampla demonstração, garantia de não-ocultamento) em GEVAERD, 2001, p. 481-482. Note que a *full disclosure* tem relação com a autodeterminação, com a transparência e com a veracidade. Como a discussão se faz no âmbito administrativo, "order" fica melhor como mandado que sentença, apesar da força do órgão. "Hearing examiner", para aproximar da realidade nacional, é tratado como "conciliador". É o "hearing examiner" quem conduz o procedimento que tem uma forma quase judicial. Suas decisões são passíveis de apelo, como a examinada pelo FTC. No procedimento norte-americano pode-se ter o "petitioner" como o Autor, ao passo que o "respondent" seria o Réu. Embora fosse possível usar a palavra "Reclamado", preferiu-se "litigantes", de modo a acobertar as duas partes envolvidas. O texto trata de "advertising": mas refere-se à mensagem e não à atividade publicitária. "Distinctive information" é mais abrangente que "sinais distintivos", por isso foi vertido para "dado distintivo".

5.4 PRINCIPIOLOGIA

Elabora-se aqui, a partir do colhido nas análises anteriores, quadro classificatório dos princípios incidentes às mensagens publicitárias comparativas.

Em face do informado em § 5.2.3, de que, seja pela complexidade, seja pela singeleza, no universo publicitário mais se encontram mensagens que tenham um *núcleo comparativo preponderante* do que, de fato, sejam comparativas “puras”, os princípios devem abarcar um espectro amplo, a incluir os direitos da pessoa, do autor, concorrenceis e da propriedade industrial.

§ 5.4.1 Classificação principiológica

Dentre as variadas possibilidades de classificação dos princípios que afetam o objeto de estudo, prefiro relacioná-los em quatro conjuntos:

- a) *princípios constitucionais gerais*: da dignidade da pessoa, do respeito aos valores sociais, da informação, da função social da empresa e da livre iniciativa;
- b) *princípios reguladores das condutas e das obrigações comerciais*: da livre e leal concorrência, da boa-fé, da prestação e da correção profissional;
- c) *princípios da publicidade em geral*: (i) quanto à forma da veiculação da mensagem: da autenticidade e da transparência (que engloba os princípios da veracidade, da clareza, da precisão, da comprovação, da ampla informação), (ii) quanto ao conteúdo da mensagem: princípio da vinculação, princípio da vedação à indução de condutas potencialmente perigosas, danosas ou ilegais; (iii) quanto à forma da veiculação e o conteúdo da mensagem: direito à privacidade e a intimidade, princípio da correção do desvio.
- d) *princípios específicos da publicidade comparativa*: (i) da finalidade da comparação, (ii) da objetividade da comparação, (iii) da fundamentação da comparação, (iv) da pertinência da comparação, (v) da vedação à confusão, (vi) da vedação à denigração.

A alguns desses princípios, por sua vez, agregaram-se sub-princípios. Prefere-se entender que não há uma relação hierárquica entre princípios e os sub-princípios aqui relatados, mas, antes e somente, que aqueles têm uma abrangência maior que estes. Repare também que os princípios são descobertos *através da legislação*.²⁴¹

§ 5.4.2 Princípios constitucionais gerais

§ 5.4.2.1 Princípio do respeito à dignidade da pessoa

(respeito aos direitos fundamentais)

- artigo 1º, III, CF;
- art. 37, §2º, CDC;
- arts. 2º, 19 e 34, c, CBAP.

O princípio da dignidade da pessoa é “princípio estruturante, constitutivo e indicativo das idéias diretivas básicas de toda a ordem constitucional”, que “ganha concretização por meio de outros princípios e regras constitucionais formando um sistema interno harmônico, e afasta, de pronto, a idéia de predomínio do individualismo atomista do Direito” (FACHIN, 2001, p. 191). A dignidade, em todo caso, é um conceito relativo “ao contexto histórico, cultural, político e econômico da comunidade” (PERLINGIERI, 2002, p. 37).²⁴²

É o princípio que também nos permite reconhecer e considerar a existência da pessoa sob a função que lhe designou o modo-de-produção.

Em razão disto, o princípio da dignidade da pessoa humana, seja quando forem postos em causa as pretensões do “consumidor”, seja quando se discutir a respeito da concorrência, permite uma contínua e incessante passagem de um sistema (direitos econômicos) para outro (direitos da pessoa).

A atividade publicitária, enquanto esteja calcada no princípio da livre iniciativa, não poderá jamais ofender o princípio da dignidade da pessoa. Tampouco a mensagem publicitária em si pode orientar-se no sentido a afrontar a dignidade do ser humano.

²⁴¹ Cuide-se, igualmente, que essa formação é assim disposta em função de sua operacionalidade para o presente estudo: em outras pesquisas esses agrupamentos podem apresentar outro modelo. Os princípios, ademais, seriam, também, um caminho para a concreção (MÜLLER), que, evidentemente, não dispensa os fatos.

²⁴² Mais a respeito do princípio da dignidade da pessoa humana pode ser consultado em SARLET, 1998, p. 107-111 e BARCELLLOS, 2002, p. 155-162.

Como uma mensagem publicitária pode afetar o princípio da dignidade? Um exemplo. O CONAR afastou anúncio publicitário ilustrado com uma secretária em posição de forte apelo sexual (Repr. 269/03).²⁴³ Ao hostilizar a pessoa em seu local de trabalho está se atacando tanto a dignidade da pessoa como a honra da profissão. E um anúncio comparativo? Basta que se diga: “os nossos uniformes de secretárias são mais sexy que as do concorrente”.

§ 5.4.2.2 Princípio do respeito aos valores sociais

(da ordem pública, da não abusividade)

(patrimônio cultural, meio ambiente, família, infância e juventude, amparo à terceira idade, inclusão social, da não discriminação)

- arts. 3º, IV, 5º; 6º; 220, 3º, II; 221, I, II, III, IV, CF;
- arts. 6º, I; 37, §2º, CDC;
- arts. 2º, 6º, 19, 20, 21, 22, 24, 26, 27, §2º, c, 33, a, b, c, e, 34, b, c, 36, a, b, c,e,f, 37, a, b, c, e, f, g, 40, CBAP;
- art. 20, DL 3688/1941 (Lei das Contravenções Penais);
- item I, e art. 17, reg, Dec. 57690/1966 (regula prof. Publicitário);
- art. 14, Dec. 2181/1997 (Org. da defesa do consumidor).

O meio ambiente, tomado em acepção ampla, “é a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciem o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas formas”.²⁴⁴

Já a noção de patrimônio cultural modificou-se com o tempo, vindo superar a relação com os objetos históricos e alargar-se até tudo aquilo dà referência à identidade nacional, ou seja, os símbolos e ícones que indicam a brasileiridade.

A família é reconhecida constitucionalmente como realidade social, condição de base da sociedade e como titular de direitos, devendo ser objeto de proteção especial. E cabe à família, mas também ao Estado e à sociedade assegurar os direitos fundamentais à criança e ao adolescente, o que importa, também, colocá-los livres de

²⁴³ Os julgados do CONAR que constam deste estudo foram extraídos de seu site <<http://www.conar.org.br>>. O resumo que é apresentado baseia-se nos extratos simplificados que são fornecidos por esse órgão. Vez ou outra houve acesso à decisão na íntegra, também pelo mesmo endereço eletrônico.

²⁴⁴ Segundo José Afonso da SILVA (1995, p. 2-3) o meio ambiente pode ser classificado em meio ambiente artificial (espaço urbano), cultural e natural ou físico.

toda discriminação, exploração e violência. O mesmo se diga do idoso, a quem deve assegurar-se a integração à comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar.

É, também, objetivo fundamental do Estado "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

Esses todos são princípios orientadores e delimitadores da atividade publicitária, se enquadrando como ilícita (ou seja, abusiva) a mensagem que ofender tais princípios, aliás, como preceitua, seguindo tal ordenamento, o Código de Defesa do Consumidor.

Assim, por exemplo, "a publicidade comercial que estimule a desagregação familiar, a contenda entre pais e filhos, a desídia no cumprimento das obrigações recíprocas constitui exemplo de incompatibilidade com o sentido do texto constitucional" (NUNES JUNIOR, 2001, p. 191).

Dessa forma, a publicidade dirigida às crianças, mais suscetíveis aos apelos publicitários, deve revestir-se de cuidados, como bem demonstra o Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária.

E se o Constituinte abominou os preconceitos de origem, raça, sexo, cor e idade, naturalmente também deve a publicidade abster-se de qualquer prática discriminatória.

Em suma, o princípio ora estudado afirma que não basta apenas o dado real, verdadeiro, claro e transparente: faz-se necessário também que a mensagem publicitária também respeite os valores sociais (SANTOS, 2000, p. 204).²⁴⁵

Esse princípio que, convenhamos, não é específico da Publicidade, é algumas vezes denominado de "princípio da ordem pública ou da legalidade ou da não abusividade" (SANTOS, 2000, p. 204).

Há outras situações em que a agressão aos valores sociais é absolutamente gratuita. Por exemplo, na análise da Representação 307/2003, o CONAR requisitou a alteração de peça publicitária em revista que mostrava sósia do Papa Paulo II

²⁴⁵ Mas sexo, discriminação, religião, todos esses tabus e alguns outros foram exatamente o tema das campanhas publicitárias da empresa Benetton. Deve-se perguntar qual o limite que separa o direito de ruptura, de discutir sobre temas que interessam à humanidade (sobre os quais o empresário tem todo o direito de pronunciar-se), sabedores que a realidade por vezes agride, e, de outro lado, um fundo cinzento que associa a dor e a angústia ao retorno financeiro. A defesa do publicitário Oliviero TOSCANI (2000) acerca da modalidade publicitária que adotou para a Benetton pode ser mais bem vista na sua obra sob o significativo nome de "A publicidade é um cadáver que nos sorri".

carregando missal com página marcada por folheto onde se podia ler “ninfeta fogosa e *caliente*”.

§ 5.4.2.3 princípio do direito à informação

(da autodeterminação do consumidor)

(da vulnerabilidade e defesa do consumidor)

- inc. XIV do art. 5º, incs. XXXII e XXXIII do art. 5º; art. 170, V; art. 220; art. 220, § 3º, § 4º, CF;
- arts. 6º, III; 46, CDC;
- arts. 12, V; 13; 14; 57; 58; 59; 60, Decreto 2181/1997 (org. da defesa do consumidor);
- art. 1º. Decreto-Lei 58/1937 (alt. Lei 5532/1968) (reg. venda a prestações);
- art. 1º. Lei 6463/1977 (alt. Lei 8979/1995) (reg. venda a prestações);
- arts. 23 e 37 CBAP.

Esse princípio envolve o direito (i) de receber informações (se informar e ser informado) e (ii) de prestar informações (informar).

Dessa última parte, seria preferível, entretanto, denominar *liberdade* de informar, já que o cuidado constitucional foi no sentido de evitar que o Estado imponha obstáculos à transmissão de informações. Estaria mais vinculada ao direito à comunicação, o qual pode ser entendido “como direito de procurar, receber, compartilhar e publicar informações”, vinculando-se com o direito fundamental da liberdade de expressão. Teria cinco vertentes: comunicação social, audiovisuais, informática, telecomunicação e publicidade (LÔBO, 2006).

O direito de se informar assegura ao cidadão a possibilidade de livremente buscar as informações que deseje: é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte quando necessário ao exercício profissional (NUNES JUNIOR, 2001, p. 62).

Já o direito de ser informado tem duas faces. Em uma delas vê-se o direito de receber informações sem a interposição de censura; na outra está o direito de ser mantido constantemente informado. Esse direito, a primeira vista, vincula somente o

Estado, através do princípio da publicidade (inciso XXXIII do art. 5º, CF).²⁴⁶ Mas esses limites não são tão rígidos. O consumidor tem direito, por exemplo, a receber informações sobre os resultados nas pesquisas do medicamento ou do produto que adquiriu, em situações tais que isso venha a colocá-lo em perigo. É o caso do “recall”, mais comum na atividade automobilística.

O direito de receber informações implica no dever de quem as possua de fornecer. Esse dever de informar, por sua vez, “tem raiz no tradicional princípio da boa fé objetiva, significante da representação que um comportamento provoca no outro, de conduta matrizada na lealdade, na correção, na probidade, na confiança, na ausência de intenção lesiva ou prejudicial”. Mais: “interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente neles depositam”, ou seja, “confia-se no significado comum, usual, objetivo da conduta ou comportamento reconhecível no mundo social” (LÔBO, 2006).

Mas, imerso em um mar de dados, sujeito à poluição ambiental semântica,²⁴⁷ a pessoa tenta se posicionar e traçar seus rumos, em uma palavra, se autodeterminar. E para isso não basta receber informações. Elas precisam ser corretas, verdadeiras, adequadas, ostensivas e suficientes. Tanto que para Luis Gustavo Grandinetti Castanho de CARVALHO (1994, p. 66) existe uma “tutela do direito à verdade”, seja um direito difuso à notícia verdadeira.²⁴⁸

A autodeterminação tem relação íntima com a liberdade, o direito a formar opinião e de se conduzir de acordo com ela. A mensagem publicitária que, por exemplo, forje confusão entre marcas, que associe o produto a valores não aceitos pela sociedade (publicidade de bebidas alcoólicas ou de tabaco associadas a vigor físico, saúde, etc.), ou a que, de maneira geral, impeça a formação livre da vontade (publicidade subliminar), incluem-se no rol daquelas que violam tal direito (NUNES JUNIOR, 2001, p. 174).

A liberdade, cabe frisar, não é uma escolha entre vários possíveis, “mas a fortaleza do ânimo para não ser determinado por forças externas e a potência interior para determinar-se a si mesmo” (CHAUÍ, 2005). Seja, liberdade é resistência *lúcida*. A se considerar a liberdade nesses termos, influi decisivamente na atuação da

²⁴⁶ Opinião, por exemplo, de Vidal Serrano NUNES JUNIOR (2001, p. 63).

²⁴⁷ A expressão é Wolfgang STEGMÜLLER (1977, p. 191).

²⁴⁸ Paulo Luiz Neto LÔBO (2006), por sua vez, afirma que “cumpre-se o dever de informar quando a informação recebida pelo consumidor típico preencha os requisitos de adequação, suficiência e veracidade”. Adiante-se que os requisitos estão interligados e que “a ausência de qualquer deles importa descumprimento do dever de informar”.

publicidade e, em especial, da publicidade comparativa. Pode-se até mesmo dizer que a publicidade comparativa está validada pelo princípio da liberdade no ponto em que fornece elementos para uma escolha racional.

Enfim, “a informação e o dever de informar tornam realizável o direito de escolha e autonomia do consumidor, fortemente reduzida pelos modos contemporâneos de atividade econômica massificada, despersonalizada e mundializada”. A defesa da publicidade comparativa, aliás, assenta em especial no princípio do direito à informação, princípio que “amplia as opções oferecidas ao consumidor, que, munido de mais informações a respeito dos produtos existentes no mercado, pode escolher entre as características do novo produto ou serviço e a qualidade, preço e demais propriedades do produto ou serviço por ele já conhecidos” (COELHO, 2003, p. 140). Em outras palavras, o direito de informação se liga ao princípio da vulnerabilidade do consumidor (MARTINS-COSTA, 2000, p. 395).

Mas não é só isso. A publicidade comparativa pode-se dizer que tem um *vetor para a verdade*. Isso no sentido de que a comparação, como veremos a seguir, para ser lícita, deve estar pautada em dados objetivos, mensuráveis, comprováveis e essenciais do produto. Poder-se-ia falar, neste sentido, então, da existência da “informação persuasiva” por contraste com a “persuasão informativa”: na primeira a ênfase está na informação e, na segunda, na persuasão.²⁴⁹

Ademais, ao consumidor deve ser facilitada a informação sobre onde localizar o menor preço, bem como acesso a outros dados que permitam a realização do “consumo racional”. É o caso da permissão à divulgação de comparação de preços, descrita no artigo 60 do Decreto 2.181/1997.

Note, por fim, que essas razões seriam estritamente jurídicas. A elas, entretanto, caberia colher indicações econômicas, tais as relativas à assimetria da informação²⁵⁰ e à livre concorrência.

²⁴⁹ O termo “informação persuasiva” deve-se à Neusa Demartini GOMES (2003, p. 35-41). GOMES, no entanto, no entanto, a partir do entendimento da publicidade como “comunicação persuasiva”, atribui o termo à publicidade como um todo. Prefere-se, aqui, todavia, acentuar esse “plus” a favor das mensagens comparativas, mesmo porque, como Neusa D. GOMES afirma, “informar é transmitir conhecimentos”, enquanto persuadir supõe convencer através de meio motivador. Ambos fazem parte da técnica argumentativa, do que, então, seria preferível dizer, ainda que o enunciado pareça tautológico, que a publicidade é “comunicação argumentativa”.

²⁵⁰ Para os teóricos da “economia do mercado”, mercado esse que se caracterizaria não só pela concorrência em preços mas também em produtos, as situações de oligopólio ou monopólio constituem imperfeições. Essas posições poderiam ser atacadas via políticas governamentais, criação de agências para controle de preços, geração de monopólio governamental e leis antitrustes (WONNACOTT, 1982, p. 507). Há outras imperfeições, sendo uma delas a própria informação que os agentes detêm. Esses agentes do mercado, por exemplo, precisam ter um certo grau de informação

§ 5.4.2.4 princípio da função social da propriedade

(função social da empresa)

(proteção à propriedade industrial)

(proteção aos direitos do autor)

- arts. 5º, XXIII, XXIX, XXVII, XXVIII, 170, caput e inc. III, CF.
- parágr. único do art. 78 da LPI;
- arts. 45 e 112 da LDA.

“A propriedade atenderá a sua função social”, afirma, peremptoriamente, a Constituição Federal em seu artigo 5º., inciso XXIII. A se considerar que uma democracia caracteriza-se pelo fato do povo elaborar as leis que deseja cumprir, parece ser, pela clara redação, que a função social é, então, aquilo que ARISTÓTELES tem como atributo essencial: se não estivesse na coisa, ela não seria.

para que possam realizar suas transações e se comportarão de acordo com elas. O comprador fará inicialmente uma busca entre determinadas lojas. Uma delas fica mais perto de sua residência, outra não abre durante o fim de semana, etc. Ao localizar a mercadoria também fará uma análise de custo e benefício da própria busca (em termos técnicos, custo e benefícios marginais): continuará ou não a procura, a diferença de preços valerá ou não a pena. O produtor, então, joga com esse “*custo da busca*” e trabalha com um limiar, desestimulando o consumidor de realizar novas pesquisas para que a venda se concretize. É esse “*custo da busca*” o objeto de investigação da chamada Economia da Informação. Quando o consumidor pretende comprar um carro usado, na verdade somente o vendedor terá informações privilegiadas e saberá se, de fato, tal carro é bom ou ruim. O consumidor, a partir de seu estágio, pode considerar comprar pelo preço, selecionando os preços médios. Ao fazer isso os veículos que custam mais, justamente porque estariam em condições perfeitas, acabam saindo do mercado (não sendo comprados): o mercado, então, acaba se reduzindo somente aos “abacaxis” (prefere-se verter a pesquisa de George AKERLOF intitulada “problema dos limões” para o nosso contexto). Ou seja, o mercado não funciona ou perde a eficiência através de uma “*seleção adversa*”. Ora, uma solução possível para esses produtores afastados será informar o consumidor acerca das qualidades superiores de seu produto, *comparando*, demonstrando a diferença, a marca, o prestígio. Dirão, talvez, que “o barato sai caro”. E oferecerão garantia, sinalizando que é por isso que o preço é mais elevado. Cuide-se, apenas, que utilizar a publicidade comparativa como contra-metida à seleção adversa é tese de natureza econômica que, por assim ser, foge dos limites e competência deste estudo. Tenha-se aqui simplesmente como argumento retórico-argumentativo. Em resumo, como diz TICONA (2003, p. 40), três premissas básicas caracterizam a assimetria da informação: (i) “selecções adversas: caracterizadas pela falta de informação que conduzem as pessoas a fazerem escolha errada”, (ii) “perigo moral: caracteriza-se pelo comportamento oportunista da pessoa que possui maior informação”, (iii) “exclusão de produtos de boa qualidade: o desconhecimento sobre a qualidade de produtos propicia uma saída dos produtos de qualidade do mercado pela concorrência desleal induzida por outros produtores”. Como afirma TICONA, a seleção adversa é afetada pela falta de conhecimento do consumidor, que enganado ou induzido ao engano escolhe um produto de qualidade inferior, tornando assim vulnerável a indústria de produtos de maior qualidade.

No entanto, eis um terreno sujeito a toda sorte de paixões e consequentes “filtros” os quais, via de regra, comprometem o desenvolvimento do tema.²⁵¹ Aqui se encontram os que temem o anúncio, em qualquer hora e lugar, da expressão “social”, por vezes remetendo-a a um universo terceiro-mundista, com aqueles outros, a acenar com o ímpeto do texto constitucional e o grito das ruas. Naturalmente, em face desses interesses, os perímetros das definições por vezes se expandem, por vezes se retraiem.

COMPARATO (1995, p. 37), por exemplo, alerta que “a afirmação do princípio da função social da propriedade, sem maiores especificações e desdobramentos, tem-se revelado, pela experiência constitucional germânica, tecnicamente falha”. Além disso, acrescenta, “os deveres sociais do controlar de empresas, estabelecidos em tese em algumas normas de direito positivo, somente poderão ser desempenhadas com clareza e cobrados com efetividade quando os objetivos sociais a serem atingidos forem impostos no quadro de uma planificação vinculante para o Estado e diretiva da atividade econômica privada”.

Pode-se dizer, em todo caso, pelo fato da empresa representar a propriedade organizada dos bens de produção, significando, então, a propriedade privada pelo ângulo dinâmico, que está subordinada aos fins da justiça social e de realizar a todos a existência digna (GRAU, 2001, p. 267-271).²⁵²

Mas o que isso vem a significar? Sem a necessidade de penetrar nos fundamentos dessa complexa discussão, basta aqui dizer que uma de suas facetas, talvez a menos controversa, é a de relacionar a função social da empresa à responsabilidade social. Sob esse título o CONAR tem avaliado mensagens publicitárias que atentem contra valores sociais (abusividade, incitação à violência, erotismo, alcoolismo, cuidados com animais, afronta a leis, respeito à infância, etc). Eis um exemplo. Consta da Representação 320/2003, protestos face à mensagem publicitária que configuraria "negação gratuita da possibilidade de alguém - que já cumpriu sua pena criminal, que já pagou sua dívida com a sociedade - reintegrar-se à vida digna e honesta", estigmatizando a figura daquele que cumpriu pena criminal

²⁵¹ Não se exclui a existência de tentativas de análises isentas: mostra-se apenas um complicador e que interpretações, construções e *constructos* tenham interesses subjacentes.

²⁵² Conforme afirma SANTOS (2000, p. 120), considerando a teoria alemã da *Unternehmen an sich* (empresa em si), devem-se separar os interesses dos empresários daqueles da empresa, devendo esta “seguir fins próprios e em tudo distintos de seus controladores”, de forma que “os fins sociais, então, transcendem à própria sociedade, implicando uma destinação ‘pública’ a ser dada a empresa”.

encarcerado, dificultando-lhe, em consequência, o retorno ao meio social. Concluiu o Relator que, “até onde a vista alcança e sem exagero, a mensagem que fica do filme ora *sub examine* é de que não há nenhuma esperança de regeneração daquele que, por destino ou infelicidade, tenha cumprido pena privativa de liberdade”. Ou seja, estaria no caso, a mensagem publicitária atuando contrariamente aos valores sociais e, por conseguinte, violando sua função social de protegê-los.

Mas o que interessa ao caso da publicidade comparativa é mais propriamente saber até onde os direitos de propriedade industrial e do autor permanecem intocáveis.

A Suprema Corte norte-americana, ao tratar sobre patentes assim se posicionou: “o interesse primordial da lei de patentes não é a criação de fortunas privadas para os proprietários das patentes, mas promover o progresso da ciência e os ofícios úteis”. Ou seja, quis dizer, como explica MONIZ, que o regime dos direitos intelectuais não visa um fim em si mesmo.²⁵³

A partir desse entendimento, do interior de uma sociedade que se diz liberal, não será difícil transportar para nosso universo, como faz Dênis BARBOSA (2003), a defesa que “a propriedade resultante das patentes e demais direitos industriais não é absoluta - *ela só existe em atenção ao seu interesse social e para propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do País*”.

Como já afirmado no Capítulo 3.4, se antevê aqui a relação intrínseca entre os direitos de propriedade industrial e autorais e a publicidade comparativa, e as condições em que os primeiros devem ceder em benefício não da segunda, mas do bem comum.²⁵⁴ É, enfim, o que dita, quanto à publicidade comparativa, o princípio da função social da propriedade.

Considere-se, ademais, que há, de qualquer forma, tanto quanto à propriedade industrial quanto aos direitos do autor, as previsões legais de prazos, os quais, atingidos, levam tal bem ao domínio público. Se um certo monopólio é concedido em razão de prováveis benefícios coletivos, também pode o concessionário (a sociedade) demarcar o fim de sua existência. O domínio público é, ademais, o “acervo do patrimônio cultural de determinada sociedade”, a cujo acesso deve o Estado franquear, proteger e incentivar.

²⁵³ *Motion Picture Patents Co. v. Universal Film Mfg. Co.*, 243 U.S. 502 (1917), citado in MONIZ, 2006, p. 11;33. Veja-se ainda Pedro de Paranaguá MONIZ (2006, p. 11-33), citado no Capítulo 3.4.

§ 5.4.2.5 princípio da livre iniciativa (da licença publicitária)

- arts. 1º, IV; 170, caput e inciso IV e parágrafo único, CF;
- art. 41, CBAP.

A livre iniciativa já foi conceituada em § 3.1.1. Acrescente-se, em todo caso, que “a busca por justiça social não é incompatível com a eficácia da livre iniciativa” (KLEIN, 2004, p. 14).

O exercício do direito de anunciar, de angariar clientela, está garantido pelo princípio da livre iniciativa. Mas dele também decorre, além dos demais princípios incidentes, o comprometimento com a concorrência leal.

Ou seja, entende-se que é aqui, no princípio da liberdade de iniciativa e não naquele que protege a liberdade de expressão, que está autorizado o exercício da atividade publicitária.

Mas se é dessa forma, também cabe ao princípio da livre iniciativa conservar os elementos que possibilitam o exercício da atividade publicitária, aqueles que fazem parte de sua essência. Se as mensagens publicitárias compõem-se não somente de descrição, mas contém um núcleo persuasivo, a esse princípio cabe preservar, no que for possível, a ‘licença publicitária’,²⁵⁴ elemento intrínseco, inseparável e indispensável dessa atividade.

Assim calha bem o artigo 41 do CBAP: “Este Código protege a criatividade e a originalidade e condena o anúncio que tenha por base o plágio ou imitação, ressalvados os casos em que a imitação é comprovadamente um deliberado e evidente artifício criativo”.

§ 5.4.3 Princípios que orientam as condutas e as obrigações comerciais

²⁵⁴ Fato é que mesmo no campo restrito da publicidade industrial encontram-se fortes argumentos: se a marca tem como função a distinção entre produtos ou serviços, não se poderá privá-la de um ambiente ótimo – o da comparação direta.

²⁵⁵ Via de regra entende-se por “licença publicitária” o erro ortográfico consciente, em algumas vezes elaborado para aproximar o conteúdo de dizeres populares. Mas aqui se pretende dar à expressão um sentido diferenciado e muito mais amplo: do uso de elementos retóricos como intrínsecos à própria atividade, sua “licença” para tal.

de maneira geral

§ 5.4.3.1 Princípio da livre e leal concorrência

- art. 170, IV, CF, Lei 8.884/98 (Lei antitruste).

A considerar o que afirma Daniele M. T. COELHO (2003, p. 146), “a livre concorrência, em última análise, visa a proteger o direito de escolha do consumidor, na medida em que a competitividade induz a redução dos preços pelos vendedores”.²⁵⁶

Gabriel Francisco LEONARDOS entende que existem dois interesses jurídicos distintos neste princípio constitucional: (i) a liberdade de concorrência, que “consiste na possibilidade de o empresário participar da concorrência bem como na possibilidade de o comprador de bens e serviços escolher livremente entre ofertas alternativas” e (ii) a lealdade de concorrência, a qual vem a ser “assegurada pela repressão à concorrência desleal, que constitui o embasamento de todo o direito da propriedade industrial”. Assim, fica mais visível a separação entre os atos punidos pela Lei Antitruste e aqueles reprimidos pela Lei da Propriedade Industrial.²⁵⁷

Para ASCENSÃO (2002, p. 28), o “princípio da prestação” seria elemento hábil a distinguir acerca da “deslealdade concorrencial”, sempre um enunciado muito obscuro. Assim, haveria concorrência desleal quando o princípio da prestação é atingido, já que a ninguém é lícito aproveitar-se da prestação do outro.²⁵⁸

§ 5.4.3.2 Princípio da boa-fé

- inc. III do art. 4º, CDC;
- arts 113, 187, CCB.

²⁵⁶ Note SALOMÃO FILHO: “Com efeito, a livre iniciativa e a livre concorrência são conceitos distintos, se bem que complementares. O primeiro não é senão a projeção da liberdade individual no plano da produção, circulação e distribuição de riquezas, significando a livre escolha e o livre acesso às atividades econômicas. Já o conceito de livre concorrência é um conceito instrumental daquele, significando o princípio econômico segundo o qual a fixação dos preços dos bens ou serviços não deve resultar de atos de autoridade, mas sim do livre jogo das forças em disputa no mercado” (apud L. G. P. B. Leães. “O dumping como forma de abuso do poder econômico”. Revista do Direito Mercantil, nº 91, julho/setembro. 1993, p. 5(8), in SALOMÃO FILHO, 2002, p. 36. Também citado in COELHO, 2003, p. 146). Veja também o Capítulo 3.3.

²⁵⁷ LEONARDOS, Gabriel Francisco. Repressão à Concorrência Desleal na nova Lei. Painel 9. Anais do XVI Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro: ABPI, 1996, p. 121 apud COELHO, 2003, p. 146.

²⁵⁸ Veja melhor logo adiante.

As obrigações e deveres se repartem entre os partícipes do negócio. Interessa, então, a *conduta* – a conduta ética. Ou seja, há, como afirma Judith MARTINS-COSTA (2000, p. 287), um valor autônomo da boa-fé que já não está relacionado à vontade, já não se mede pelo conteúdo da relação obrigacional, mas se refere às circunstâncias ou fatos referentes ao contrato.

A boa fé refere-se a um “dever de manter comportamento coerente com a intenção manifestada, evitando-se o elemento surpresa, tanto na fase de informação, quanto na de execução, e até mesmo na fase posterior, que se pode chamar de fase de garantia e reposição”. É nesse sentido, diz JACOBINA (1996, p. 66), “que a lei fala em harmonização de interesses e equilíbrio nas relações entre fornecedores e consumidores”.

O princípio da boa-fé permite ver o dever do credor “de atuar segundo a confiança nele depositada pela outra parte, o que significa, em outras palavras, que o credor não mais se investe, exclusivamente, de poderes e faculdade, mas tem, paralelamente, deveres jurídicos impostos pelo ordenamento em uma relação de consumo” (SANTOS, 2000, p. 144-145).

A boa-fé da qual aqui se fala não é um estado de consciência, o padrão atribuído ao homem justo – isto é, não é subjetiva. Na boa fé *objetiva* “importa saber se o ato em si reveste-se de tal padrão, pouco importando a intenção do agente, ou seja, afere-se à exteriorização do ato praticado e não à sua motivação”.

§ 5.4.3.3 Princípio da prestação

- arts. 876 a 886, CCB;
- arts. 32, f, g; 43, CBAP.

O princípio da prestação, segundo ASCENSÃO, diz que somente será lícita a obtenção de retorno financeiro em face de uma efetiva prestação.

Tem a ver com que se denomina “enriquecimento sem causa” (e, no caso do direito concorrencial, com a associação ilícita) e foi albergado, “como princípio em forma de norma”, através do artigo 884 do Código Civil em vigor. Dele se extrai que “aquele que, sem justa causa, se enriquecer à custa de outrem, será obrigado a restituir o indevidamente auferido”.

Como fonte de obrigações, o enriquecimento sem causa, na opinião de Luís M.T.M. LEITÃO (2004, p. 28-31), ocorre nas seguintes situações: (i) na forma de prestação (em linhas gerais, “pagou e não devia”), (ii) como intervenção (uso, consumo de bens alheios) e (iii) enriquecimento resultante de despesas que outrem fizer e desconsideração patrimonial.

O instituto do enriquecimento sem causa (que aqui denominamos de princípio da prestação) pode ser aplicado aos “atos perceptíveis de criar confusão com o estabelecimento ou os produtos concorrentes, as falsas afirmações realizadas com o fim de desacreditar um concorrente, ou a utilização de segredos negociais alheios” (LEITÃO, 2004, p. 29).

Assim, “se um operador econômico atua através da confusão que estabelece com outro operador ou estabelecimento ou os produtos ou serviços dele, induzindo o público em erro quanto à sua origem ou características, não baseia a concorrência na própria prestação”. O que faz esse operador, é esconder-se “através da prestação alheia, de que se aproveita” (ASCENSÃO, 2002, p. 27).

No campo da atividade publicitária não se justifica, por exemplo, mensagem publicitária que procura tirar vantagem da notoriedade alheia (mensagem parasitária), isto é, que tenta se aproveitar da prestação do outro (ASCENSÃO, 2002, p. 28.).

§ 5.4.3.4 Princípio da correção profissional

- art. 10 bis da Convenção de Paris para proteção da Prop. Industrial;²⁵⁹
- art.1º; art. 4º; art. 5º; art. 32, CBAP;
- item I. Dec. 57690/1966 (reg. prof. Publicitário);
- arts. 12, 57, 59, 60, Dec. 2181/1997(org. da defesa do consumidor);

²⁵⁹ “1) Os países da União obrigam-se a assegurar aos nacionais dos países da União proteção efetiva contra a concorrência desleal. 2) Constitui ato de concorrência desleal qualquer ato de concorrência contrário aos usos honestos em matéria industrial ou comercial. 3) Deverão proibir-se particularmente: 1º) todos os atos suscetíveis de, por qualquer meio, estabelecer confusão contra o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; 2ºas falsas alegações no exercício do comércio, suscetíveis de desacreditar o estabelecimento, os produtos ou a atividade industrial ou comercial de um concorrente; mas há limites que, ao contrário do afirmada, apenas justificam a prevalência do princípio da lealdade entre os competidores. 3º) as indicações ou alegações cuja utilização no exercício do comércio seja suscetível de induzir o público em erro sobre a natureza, modo de fabricação, características, possibilidades de utilização ou quantidade de mercadorias”.

- art. 195, Lei 9279/1996 (LPI);
- arts. 20, 21, Lei 8884/1994 (lei antitruste).

É princípio ético que implica no dever do concorrente de agir com lealdade e boa-fé, na captação da clientela, observando os bons costumes nas práticas negociais (PEREIRA, 2001, p. 77).

Assinala Hermano DUVAL (1976, p. 136) que a 'correção profissional' é o princípio ético que domina todo o campo da livre concorrência e de cuja violação resulta a figura da Concorrência Desleal.²⁶⁰

Acrescente-se que o artigo 10 bis da Convenção de Paris tem por particularmente desonestos os atos que promovam confusão, tenham falsas alegações e induzam a erro.

§ 5.4.4 Princípios da publicidade em geral

§ 5.4.4.1 Quanto à forma de veiculação

§ 5.4.4.1.1 Princípio da autenticidade (da identificação)

- art. 36 do CDC;
- arts. 9º, 28º, 30º art. 31º; par. único art. 9º, CBAP;
- art. 19, Dec. 2181/1997(org. da defesa do consumidor);
- Resolução n. 126/96 do Mercosul.

Antes de tudo, aquele que se depara com um anúncio publicitário deve ter ciência dessa característica – de que é informe publicitário -, a ponto de não confundi-lo com um anúncio técnico, jornalístico ou científico. Em uma palavra: deve a qualidade publicitária do anúncio ser ostensiva. Caso contrário será dissimulada ou clandestina e, portanto, ilícita. É o caso das matérias jornalísticas, dos anúncios travestidos de reportagens, da forma testemunhal.²⁶¹

De fato, “a lei admite o assédio honesto e declarado ao consumidor, rechaçando a clandestinidade” (PASQUALOTTO, 1997, p. 84).

²⁶⁰ Também citado in PEREIRA, 2001, p. 78.

²⁶¹ A forma testemunhal nem sempre é dissimulada.

Ofendem o princípio as publicidades clandestina e dissimulada, tal qual a publicidade subliminar. Resta ainda alguma discussão doutrinária acerca do *merchandising*, alguns a admitem desde que haja comunicação prévia, outros a rechaçam completamente.²⁶²

§ 5.4.4.1 Quanto ao conteúdo da mensagem

§ 5.4.4.1.1 Princípio da transparência

(da veracidade, da clareza, da precisão, da comprovação, da ampla informação)

- arts. 36, par. único; 37 §1º, CDC;
- arts. 1º, 27, CBAP;
- arts. 2º e 3º Lei 1521/1951 (Lei de crimes contra a economia popular);
- art. 1º, DL 58/1937 (alt. Lei 5532/1968) (reg. venda a prestações);
- art. 1º, Lei 6463/1977 (reg. venda a prestações);
- arts. 12, 13, 14, 19, 57, 59, 60, Dec. 2181/1997 (org. da defesa do consumidor);
- item II, reg. Dec. 57690/1966 (reg. Prof. Publicitário).

A comunicação publicitária deve ser transparente ao público consumidor, o que exige que seus dados sejam verídicos, claros, suficientes, comprováveis, como também se facilita ao consumidor a eles o amplo acesso.

Deve veicular a verdade, ou seja, “por tal princípio, tudo o que for levado ao conhecimento do consumidor através de uma mensagem publicitária deve corresponder à verdade, a exemplo das informações existentes em outras espécies de apresentação” (SANTOS, 2000, p. 203). Deve haver clareza, linguagem adequada, acessível e compreensível a todos (PEREIRA, 2001, p. 80). A clareza não se refere “só às características reais do produto ou serviço a ser contratado, mas também ao conteúdo do futuro contrato a ser firmado, buscando com isto, primordialmente, alcançar a ‘verdadeira e livre vontade do consumidor’” (SANTOS, 2000, p. 143).

²⁶² No entendimento de Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 84), o *teaser*, não ofende o princípio da identificação. Quanto à publicidade comparativa, é possível imaginá-la na forma subliminar e também como dissimulada, devendo, nesses formatos, ser entendida como ilícita. Ver § 9.3.

Porém, não basta a veracidade: cabe ao anunciante o dever de demonstrá-la quando solicitado, mantendo em seu poder os dados necessários para tanto.²⁶³ Isto é, o que se veicula deve ser passível de comprovação.²⁶⁴ E quando o fizer, terá o consumidor assegurado o direito à ampla informação.²⁶⁵

Isso tudo não tem o condão de transformar a mensagem publicitária em simples relatórios. O que o princípio da transparência afeta são os dados objetivos informados acerca do produto: tais como a sua “natureza, procedência, composição, finalidade, valor ou preço, e garantia, sua forma de aquisição, e ao potencial de utilização, ou fruição” (PEREIRA, 2001, p. 80).

A publicidade que ofender o princípio da transparência será tida como enganosa.²⁶⁶

§ 5.4.4.1.2 Princípio da vinculação

- arts. 30 e 35 do CDC;
- art. 12, Dec. 2181/1997(org. da defesa do consumidor).

Sobre a vinculação da mensagem publicitária já se discorreu em § 4.2.7, tendo sido dito que “a publicidade obriga”. Resta aqui ressaltar a vinculação como princípio a ser observado e que decorre do conteúdo anunciado.

A publicidade comparativa também possui caráter vinculativo. Nela, aliás, isso fica ainda mais evidenciado, já que o composto objetivo é que deve prevalecer.

²⁶³ O “princípio da fundamentação, diz respeito à necessidade de que a mensagem publicitária esteja devidamente fundamentada por dados fáticos, técnicos e científicos que a sustentam. É dever do fornecedor organizá-los e mantê-los em seu poder, para consulta dos legítimos interessados, que são aqueles elencados no art. 82 do CDC” (JACOBINA, 1996, p. 69).

²⁶⁴ “A ratio deste dispositivo, evidentemente, é o fato de que os consumidores não podem realizar os testes ou investigações necessários para determinar se as afirmações realizadas nas mensagens publicitárias são ou não verdadeiras, podendo, ao contrário, exigir que o fornecedor comprove, através de uma fundamentação razoável (*reasonable basis*), as características anunciadas do produto ou serviço” (SANTOS, 2000, p. 204-205).

²⁶⁵ “De outra banda, o princípio confere um legítimo direito do consumidor ao acesso pleno de informações tanto sobre o produto ou serviço a ser alcançado como em relação aos futuros termos do negócio de consumo, podendo o consumidor exigir (mesmo coercitivamente) todo tipo de informação necessária à consumação do contrato. Ou sejam o princípio em exame visa fornecer ao consumidor todos os subsídios necessários para a averiguação das características do produto ou serviço oferecidos para formar sua vontade de consumo, bem como de todos os termos do contrato, para que seja possível a ele, consumidor, verificar se a negociação é-lhe interessante ou não” (SANTOS, 2000, p. 144).

²⁶⁶ “A proibição da publicidade enganosa é desdobramento imediato desse princípio, o qual alberga não só a correção da mensagem publicitária como a respectiva prova, ou seja, o fornecedor deve

§ 5.4.4.1.3 Princípio da vedação à indução de condutas potencialmente perigosas, danosas ou ilegais

(princípio da segurança nas relações de consumo)

- inc. II do § 3º do art. 220, CF;
- arts. 4, 6, 8, 9, 10, 12, 30, 31, 35, 55, 66, 68 e 106, CDC;
- arts. 21, 26 e 33, CBAP;
- art. 57, 58, 59, 68, Lei 6360/1976 (alt. Lei 9787/1999) (Lei dos medicamentos genéricos);
- arts. 1º a 8º da Lei 9294/1996 (reg. public. em fumígenos, etc.);
- lei 10702/2003 (reg. public. em fumígenos, etc.);
- arts. 1º, 7º, e 8º, Lei 7.802/1989 (reg. public. agrotóxicos e afins);
- art. 13, Dec. 2181/1997 (org. da defesa do consumidor).

O conteúdo da mensagem publicitária não deve conter enunciados que possam induzir o consumidor a condutas que possam produzir dano à saúde, risco à incolumidade física, ao patrimônio ou mesmo de estabilidade das relações jurídicas.

Vedam-se, por exemplo, mensagens publicitárias que incentivem o excesso de velocidade, a utilização de produtos sem equipamentos de proteção necessários, deponham contra a segurança alimentar, a segurança dos produtos e serviços e a segurança das relações jurídicas (NUNES JUNIOR, 2001, p. 175-190), induzam a violência urbana,²⁶⁷ instiguem a prática da automedicação e o consumo de produtos nocivos (NUNES JUNIOR, 2001, p. 177).²⁶⁸

§ 5.4.4.3 Quanto ao conteúdo e à forma de veiculação da mensagem

§ 5.4.4.3.1 Princípio do direito à privacidade e a intimidade

- art. 5º, X, XI e XII CF;
- arts. 16, 17, 18, CCB;

manter em seu poder todos os ‘dados fáticos, técnicos e científicos que dão sustentação à mensagem’, nos preciso termos do art. 36, parágrafo único, CDC” (SANTOS, 2000, p. 203).

²⁶⁷ Suzana Maria Pimenta Catta Preta FEDERIGUI (1999) dedicou uma obra inteira a esse respeito. Veja-se “Publicidade abusiva - incitação à violência”.

- artigo 34, CBAP.

O juiz norte-americano Cooley, ainda de 1873, definiu o direito à privacidade em poucas palavras: “*right to be alone*”. Isto é, “o direito de toda pessoa tomar sozinha as decisões na esfera da sua vida privada” (SILVA, 1997, p. 2003).²⁶⁸

A casa, diz, José Afonso da SILVA, deve ficar livre da intromissão estranha, asilo inviolável que é: “a casa como asilo inviolável comporta o direito de vida doméstica livre de intromissão estranha, o que caracteriza a liberdade das relações familiares (a liberdade de viver junto sob o mesmo teto), as relações entre pais e seus filhos menores, as relações entre os dois sexos” (SILVA, 1997, p. 2003).

O conjunto de informações, circunstâncias e dados pessoais que o indivíduo preserva para si, por serem pessoais, íntimas, algo que não compartilha com outros, que representa a sua privacidade, circunscreve uma linha delimitatória que a publicidade não pode ultrapassar.

A discussão sobre o tema envolve, entre outros, o controle de bancos de dados com informações de consumidores e usuários, o encaminhamento de publicidade não autorizada (*spam, telemarketing*) e a divulgação de informações confidenciais.

A violação de segredos profissionais ou da empresa, além de configurar infração penal, ofende também o direito à privacidade. Os dados a serem confrontados através da publicidade comparativa, portanto, são aqueles de conhecimento público ou disponíveis para tal.

§ 5.4.4.3.2 Princípio da correção do desvio

- art. 56, XII e 60 do CDC.

Não se trata aqui sujeitar a publicidade às normas legais, o que é óbvio, mas de corrigir seus malefícios na extensão em que foram produzidos. É o que se denomina “contrapropaganda” ou “contrapublicidade”. Ou, também, pela retificação publicitária. A diferença entre essas modalidades é que enquanto pelas primeiras se faz menção pública do desagrado com a mensagem, na última manda-se publicar nova mensagem com as alterações devidas.

²⁶⁸ Questão regulamentada pela Lei 9294/1996 e Decreto 2018/1996.

²⁶⁹ Literalmente, “o direito de estar só”.

Acredita-se que, embora não conste do CPC menção a esses institutos, é plenamente possível sua aplicação através dos poderes gerais de cautela. É, aliás, o que ocorreu em 28/10/2004, quando o Juiz da 4ª Vara Cível de Brasília concedeu liminar em Ação Civil Pública promovida pelo Ministério Público do Distrito Federal face às empresas Souza Cruz, Standart Ogilvy e Conspiração Filmes Entretenimento. No caso, os réus foram condenados a patrocinar “contrapropaganda” na qual o Ministério Público divulgou os danos provocados pelo cigarro, sob a imposição de pena de multa diária de dois milhões de reais.²⁷⁰

§ 5.4.5 Princípios específicos da publicidade comparativa

§ 5.4.5.1 Princípio da finalidade da comparação

(uso justificado de sinais distintivos de outrem)

- arts. 876 a 886, CCB;
- arts. 32, a, f, g; 43, CBAP.

Trata-se, através deste de princípio, de perquirir a finalidade útil da comparação.

A mensagem publicitária útil é aquela que supera o mero confronto gratuito entre os anunciantes. Isto é, aquela, em que os dados fornecidos ao público lhe são úteis, direta ou indiretamente, ou que são interessantes ao mercado, do ponto de vista concorrencial.

Esse princípio também tem sua aplicabilidade, no que tange ao uso dos sinais distintivos do concorrente. Não se trata aqui de evitar a denigração (que é ofensa a outro princípio), mas da utilização injustificada da imagem ou do prestígio de terceiros com o fim de aproveitar-se da prestação do outro (ASCENSÃO, 2002, p. 28).²⁷¹

²⁷⁰ Autos 2004.01.102028-0.

²⁷¹ Também: “Non è consentita la pubblicità comparativa che trae indebitamente vantaggio dalla notorietà connessa al marchio, dalla denominazione commerciale o da altro segno distintivo di un concorrente o denominazioni d'origine di prodotti concorrenti, con l'unico scopo di riflettere sui propri beni la considerazione di cui godono i prodotti concorrenti. Tale norma costituisce uno strumento concesso ai giudici per reprimere forme pubblicitarie per agganciamento” (CHICHI, 2006) [Não é permitida a publicidade comparativa que gere vantagem indevida da notoriedade conexa a uma marca, de sua denominação comercial ou de outro sinal distintivo de um concorrente ou denominação de origem dos produtos concorrentes, com o único objetivo de fazer refletir sobre seus próprios bens as considerações que beneficiam os produtos concorrentes. Essa norma se constitui

Assim, ASCENSÃO (2002, p. 27): “Que pensar dos atos de confusão, como eventual afloramento do princípio da prestação? Parece-nos por dar uma resposta afirmativa. Se um operador econômico atua através da confusão que estabelece com outro operador ou estabelecimento ou os produtos ou serviços dele, induzindo o público em erro quanto à sua origem ou características, não baseia a concorrência na própria prestação. Esconde-se através da prestação alheia, de que se aproveita. Pelo que a escolha do consumidor não se baseará realmente na valia da prestação por ele produzida”.

É o princípio da finalidade, por exemplo, que poderá ser acionado para impedir a comparação que tenha por fim, única e primordialmente, provocar prejuízo à concorrente, fato que não desculpa o uso dos sinais distintivos de outrem. Mas é também o princípio da finalidade que admitirá a publicidade comparativa explícita (ainda que vozes doutrinárias falem da existência de denigração mesmo com a apresentação de dados verdadeiros), desde que o seu conteúdo informativo a justifique.

§ 5.4.5.2 Princípio da objetividade da comparação

- arts. 27, §2; 32, b, h, CBAP.

Não há lugar, na comparação, para critérios subjetivos. Mas a mensagem comparativa pode vir no bojo de uma mensagem comum, genérica: por exemplo, inicia-se com a chamada publicitária comum e a seguir apresentam-se os dados da comparação. Assim, a objetividade perquirida pelo princípio é somente com relação à parcela do anúncio onde se faz a comparação entre os concorrentes. A outra parcela se sujeita aos demais princípios incidentes a qualquer modalidade publicitária.

Todavia, a objetividade não se extrai apenas do conjunto de enunciados utilizados. Cabe ver quais as características do produto e serviço foram confrontados. Evidentemente, somente os aspectos fundamentais, necessários e essenciais é que podem levar à comparação objetiva.

O princípio da objetividade, então, relaciona-se com o da pertinência, como também com o da transparência e o da boa-fé.

um instrumento concedido aos juízes para reprimir a modalidade publicidade por contato (isto é, no estudo, a parasitária)].

§ 5.4.5.3 Princípio da fundamentação

- art. 36, par. único, CDC;
- arts. 27, § 1º; 32, c, CBAP.

Não basta, entretanto, que a comparação seja objetiva. É preciso que seja possível e fundamentada.

No caso da publicidade comparativa não é suficiente a aplicação do princípio da transparência (que contém, como vimos, o da comprovação). É que no caso da publicidade genérica essa comprovação é feita *a posteriori*, mediante provação do interessado. Esse princípio, é certo, aplica-se à publicidade comparativa. Mas aqui se trata, *em acréscimo*, da fundamentação e não de comprovação. Isto é, no contexto da mensagem publicitária, os dados não podem ser somente apresentados, devem estar fundamentados.

É verdade, entretanto, que demonstração mais pormenorizada tornaria inviável a publicidade comparativa, especialmente nos meios televisivos. É possível, entretanto, fazer referência a determinado estudo ou relatório certificado,²⁷² o qual deverá estar à disposição do público.

Por evidente, o que deve ser fundamentado e demonstrado é aquilo que se referir às descrições, alegações e comparações que se relacionem com fatos ou dados objetivos. Esses dados, por sua vez, deverão ser os essenciais, como diz o princípio da pertinência.

§ 5.4.5.4 Princípio da pertinência

(da auto-suficiência informativa)

- art. 32, d, CBAP.

Esse princípio remete às condições e forma da comparação.

A comparação somente terá pertinência se realizada entre bens que possam ser comparáveis e nas características possíveis, que lhes dão essência. Disto, por evidente, não decorre que todos esses elementos devam ser comparados.

Bens ou serviços que possam ser comparáveis, compatíveis com os demais princípios que afetam a publicidade, são os compatíveis com o *critério de homogeneidade dos bens*. Em outras palavras, são os que satisfaçam as mesmas necessidades ou se proponham aos mesmos objetivos, isto é os de mesmo gênero e funções. Mas, além disso, devem pertencer à mesma faixa de qualitativa e econômica. O critério da homogeneidade dos bens deve considerar, entretanto, não somente o aspecto econômico ou a natureza concreta do bem, mas também sua imagem publicitária.²⁷³

Por outro lado, as características comparáveis são aquelas essenciais, pertinentes, verificáveis e representativas (CHICHI, 2006).²⁷⁴ Dúvida persiste se o elemento preço apresenta tais características. Aparentemente sim, uma vez que o preço congrega, ao final, tudo o que representa - mas não se poderá comparar apenas um dos elementos do preço.

O princípio da pertinência da comparação contém o da auto-suficiência informativa (que aqui tomamos como espécie). Isto porque, aqui, ao contrário da publicidade genérica, a omissão de determinado dado pode comprometer a validade da comparação e levará à enganosidade.²⁷⁵

§ 5.4.5.5 Princípio da vedação à confusão

- art. 5º, LV, XXIX, CF;
- arts. 9, 29; art. 32, e; art. 41, 42, CBAP;

²⁷² Tome-se, por exemplo, as pesquisas eleitorais (ainda que no espaço da propaganda).

²⁷³ “Per quanto riguarda l’omogeneità dei beni, “la comparabilità di due beni non postula solo l’identità dei bisogni o degli stessi obiettivi, ma esige anche una loro appartenenza alla stessa fascia qualitativa ed economica”. (...) “Il requisito in esame inoltre, “non incide esclusivamente sulla natura del bene in concreto, ma anche sulla stessa immagine pubblicitaria che di questo viene data al fine di svolgere il raffronto con altro prodotto di un concorrente” (CHICHI:2006). [Porquanto observe a homogeneidade dos bens, ‘a possibilidade de comparação (comparatividade) de dois bens não requer somente a identidade das necessidades ou dos mesmos objetivos, mas exige também uma sua competência na mesma faixa qualitativa e econômica’. (...) “O requisito em exame, além do mais, ‘não incide exclusivamente sobre a natureza dos bens *in concreto*, mas também sobre a mesma imagem publicitária que disto resulte a fim de ocorrer o confronto com outro produto de um concorrente’].”

²⁷⁴ “Perché un elemento possa essere utilizzato al fine di un’analisi comparativa, dovrà essere essenziale, pertinente, verificabile e rappresentativo” [Para que um elemento possa ser utilizado com fins a uma análise comparativa, deverá ser essencial, pertinente, constatável e representativo].

²⁷⁵ “Infatti “il principio dell’autosufficienza informativa del messaggio comporta che le omissioni vengano sanzionate allorché ciò che è tacito risulti essenziale per una corretta comprensione di ciò che viene invece enunciato come elemento caratterizzante del messaggio” (CHICHI, 2006) [De fato, ‘o princípio da autosuficiência informativa da mensagem comporta que as omissões sejam sancionadas quando o que ficar implícito resulte essencial para uma correta compreensão do que, ao contrário, venha ser enunciado como elemento caracterizante da mensagem’].”

- arts. 123, I, 132 e 189, Lei 9279/1996 (LPI).

A comparação não deve gerar confusão no mercado, seja entre as mensagens em si, entre os concorrentes, suas marcas, nomes comerciais e signos distintivos.²⁷⁶

No que concerne à mensagem, a apropriação das características e formatos de outras, além de derivar em plágio, pode resultar em confusão no mercado, já que o consumidor associa não somente a marca ao anunciante, mas também o formato publicitário, determinado *slogan, jingle* ou algum símbolo.

Para que não ocorra confusão entre os anunciantes, estes devem ser perfeitamente identificados e identificáveis, através do nome comercial, marca ou outro signo distintivo do comércio.

É princípio, entretanto, que deve ter aplicação cuidadosa, de forma que não implique na limitação da concorrência e das inovações tecnológicas decorrentes. José de Oliveira ASCENSÃO (2002, p. 27), nesse sentido, afirma que “o princípio fundamental da vida social em geral, e da vida econômica em particular, é o princípio da livre imitação”, princípio este que, segundo o doutrinador, “merece ser encarecido, porque é um fator de progresso social”. Daí conclui: “uma incriminação genérica de todo ato de confusão não tem fronteiras”.

§ 5.4.5.6 Princípio da vedação à denigração

- art., 5, XXIX, CF;
- arts. 2, 5, 32, f; CBAP;
- arts. 123, I, Lei 9279/1996 (LPI).

A expressão denigração “aplica-se a todos os atos tendentes a prejudicar a reputação de um concorrente ou os seus negócios e afastar, por esse meio, a clientela”. Esse ato, diz CERQUEIRA (1956, p. 379), “pode visar a própria pessoa do concorrente, ao seu estabelecimento ou aos seus produtos ou artigos”.

²⁷⁶ “La comparazione non deve ingenerare confusione sul mercato tra l'operatore pubblicitario e un concorrente o tra marchi, denominazioni commerciali e altri segni distintivi: se l'utilizzo dei segni distintivi di un concorrente avviene nel rispetto di quanto stabilito dalla direttiva, con l'unico scopo di evidenziare le differenze, non viola il diritto esclusivo del titolare del marchio” (CHICHI, 2006) [A comparação não deve gerar confusão no mercado entre os operadores publicitários e um concorrente ou entre marcas, denominações comerciais e outros sinais distintivos: se utilizou dos sinais distintivos de um concorrente, respeitando o que estabeleceu a diretiva, com o único objetivo de evidenciar as diferenças, não ofende o direito de exclusivo do titular do direito marcário.].

O confronto entre as marcas não deve resultar em descrédito e em denigração do concorrente. Isso exclui da órbita da licitude a publicidade comparativa falsa, parcial e tendenciosa.

É possível que, mesmo sendo verdadeira, completa e objetiva, a comparação possa resultar em denigração. Seria, entretanto, uma consequência aceitável, uma vez que inerente à própria atividade publicitária, à própria comparação cotidiana, que decorre de evidenciar as diferenças, e compatível com um bem maior, de informação ao consumidor e incentivo à concorrência.²⁷⁷

A verdade é que o sucesso de uma marca, em um segmento de mercado limitado, provavelmente levará as demais ao prejuízo, faça ou não uso da modalidade publicitária aqui estudada.

Note a questão posta por Gustavo LEONARDOS (1997): “a publicidade comparativa que obtenha sucesso, não vai forçosamente prejudicar a reputação ou integridade da marca comparada? Mesmo a despeito da veracidade e correção da informação ou comunicação publicitária (artigo 38 do Código do Consumidor)? Ou nesta última hipótese poderíamos considerar que há uma inversão do equilíbrio entre as garantias constitucionais previstas nos incisos IX (“é livre a expressão da atividade...de comunicação”) e XXIX (“a lei assegurará...proteção... à propriedade das marcas”) do artigo 5º da Constituição Federal? Se afirmativa a resposta à última pergunta, podemos afirmar que para se dar esta inversão favorável ao anunciante deverá ser observada a prevalência do conteúdo informativo do reclame sobre as demais mensagens, inclusive implícitas, de caráter emotivo ou deceptivo. Caso contrário, haverá a validação da concorrência desleal, do uso indevido de marca alheia, através da propaganda comparativa”.²⁷⁸

²⁷⁷ “Esiste tuttavia un ‘discredito ammesso’ che non può essere censurato, in quanto parte imprescindibile della natura della pubblicità comparativa, che è innegabilmente utilizzata per mettere in luce un prodotto o servizio a discapito di un altro” (CHICHI, 2006) [Há, todavia, um ‘descrédito permitido’, que não pode ser censurado, enquanto parte imprescindível da natureza da publicidade comparativa, que é inegavelmente utilizada para levar à luz um produto ou serviço a despréstígio de outro.]

²⁷⁸ GEVAERD (2001), embora aceitando que há uma desigualdade ínsita ao modo-de-produção capitalista, pensa que se pode, via metodologia, “favorecer uma generalização dos benefícios, em cada relação privada a analisar”, com o que se aproxima do mesmo entendimento de LEONARDOS. Em linhas gerais, mas utilizando-se da via da principiologia, é de dizer que, de certa forma, concordo com o pensamento de LEONARDOS.

6 CONTROVÉRSIA DOUTRINÁRIA

Antes de investigar acerca dos limites lícitos das mensagens comparativas, cabe deter-se na controvérsia que circula sua utilização.

Em um primeiro momento o estudo envolve-se com os argumentos mais genéricos (inclusive aqueles não propriamente jurídicos), daí partindo para os pontos aceitos majoritariamente tanto pela doutrina como pela jurisprudência. Delimita, então, o âmbito da controvérsia.

Por fim, e em capítulo apartado, enfrentarei a discussão sobre a possibilidade do uso de signos de terceiros, questão que é, de longe, a mais debatida.

Todavia, advirta-se que o estudo não estaciona na identificação da controvérsia e sua possível superação. Irei além, procurando ver os reflexos do uso da manifestação publicitária estudada junto aos direitos autorais, da concorrência e do Consumidor – mas isto já nos capítulos 7, 8 e 9.

6.1 DELIMITAÇÃO DA CONTROVÉRSIA

§ 6.1.1 Os diferentes posicionamentos

As objeções quanto à publicidade comparativa via de regra são apostas de forma genérica, sem fazer distinção entre os seus modos de apresentação.²⁷⁹ Além disso, se mostram em um misto de elementos jurídicos, econômicos, éticos e relativos à prática publicitária. Todavia esses argumentos acabam, mesmo que indiretamente, se associando a aspectos legais.²⁸⁰

Assim, sem que aqui se faça distinção entre o conteúdo propriamente jurídico ou não, os que discordam da publicidade comparativa desfilam essas razões (PEREIRA, 2001, p. 90-92): (i) favoreceria as empresas mais poderosas, (ii) seria desnecessária para a concorrência, (iii) poderia gerar mais indecisão entre os consumidores do que informação, (iv) seria pouco utilizada, (v) os custos seriam excessivamente onerosos para que fosse informativa, (vi) que a sociedade não precisa progredir à custa da reputação alheia, (vii) geraria um aumento das demandas jurídicas, (viii) o interesse do anunciante prepondera sobre o informativo, (ix) por ser sintética, é inexata, resultando em enganosa, (x) as condições para sua licitude são muito difíceis de serem cumpridas, (xi) as informações nunca são objetivas ou totalmente verdadeiras, (xii) o anunciante seria o juiz da própria causa, (xiii) a liberdade de escolha não ocorre antes da compra, pois o consumidor já está condicionado pela força sugestiva da publicidade e (xiv) não seria permitida pelo ordenamento legal.

Em contrapartida, a favor do anúncio comparativo se diz que (PEREIRA, 2001, p. 90; DOMINGUES, 1984, p. 115; COELHO, 2003, p. 153-154) (i) estimula o avanço tecnológico na medida em que os concorrentes se obrigam a melhorar os produtos, (ii) produz mais transparência no mercado em razão da maior quantidade de informações, (iii) ao estimular a comparação dispõe ao consumidor mais facilmente os dados hábeis a seu raciocínio, (iv) sendo o confronto de produtos intrínseco na livre concorrência, nada mais natural que no mesmo se assente o apelo publicitário; (v) pode possibilitar também a criação de novos mercados, o que por vezes ocorre

²⁷⁹ Ver § 5.2.4.3.

²⁸⁰ Por esta razão não cuidarei de separá-los, o que levaria a custosa, longa e inútil exposição.

com as novidades, (vi) reduz as barreiras à entrada, facilitando o acesso de novos interessados no mercado, (vii) favorece quem pratica preços menores, (viii) a livre concorrência e a própria publicidade pressupõem a existência de um confronto entre concorrentes, (ix) ao invés de induzir o consumidor a erro ou confusão, a publicidade comparativa orienta o comprador para a melhor alternativa do mercado, e (x) não é proibida pela legislação nacional e adotada em boa parte dos países.

§ 6.1.2 Delimitação

Disso tudo saltam quatro aspectos: (i) a concorrência, (ii) o consumidor, (iii) a legalidade e (iv) custos.

Iniciemos com o último, que não é, propriamente, em seus vários formatos, um argumento jurídico. Esse “custo” seria, primeiramente, da dificuldade para cumprimento de condições de licitude. Mas não é algo decisivo. Poder-se-ia dizer, aliás, que as condições ora impostas à publicidade pelo CDC poderiam ser tidas, a alguns anos atrás, também de difícil consecução. Com relação ao custo econômico, também não parece argumento válido, a se ver mesmo a publicidade comum, que é sintética e congrega alta dose de persuasão, para que não se tenha por enganosa, deve valer-se de pesquisas e reter seus dados como prova.²⁸¹ Outro “custo” seria do aumento das demandas. Quanto a este, primeiramente, não há indicações concretas a respeito e, em segundo lugar, nem sempre o aumento de demandas resulta um defeito: porque não seria derivado do exercício pleno da cidadania? Mas, de fato, parece que a publicidade comparativa é de certa maneira mobilizadora. Por fim haveria o “custo” de dar vazão ao que não se usa. Mas a publicidade comparativa não é, de fato, pouco utilizada. Esse argumento decorre muitas vezes de um defeito na conceituação da publicidade comparativa²⁸² e, de outro, da não observância de que, no fundo, as mensagens publicitárias em geral contemplam quase sempre uma íntima comparação.²⁸³ Tanto o é que Daniele Maia T. COELHO (2003, p.128-138), por exemplo, afirma que “as campanhas publicitárias vêm largamente utilizando a chamada publicidade comparativa”, sendo que ela “constitui uma tendência mundial fomentada por um mercado cada vez maior”.

²⁸¹ Ver § 5.4.5.1.1 e § 5.4.6.2.

²⁸² Ver § 5.2.3.

Com relação à concorrência está a arguição da “desnecessidade” frente à da eficiência. O caso é que ainda que o sistema jurídico brasileiro aceite as concentrações,²⁸⁴ não se deve negar que, por vezes, as empresas mais poderosas se mantenham em seu posto em face das demais não conseguirem nem mesmo margem de comparação. Além disso, caso de fato as mensagens comparativas venham favorecer as empresas de maior porte além do que é legalmente permitido,²⁸⁵ isto é patologia que se combate pelas sanções legais. Quer-se dizer: não desfigura e nem elimina o uso dessa modalidade, apenas a circunscreve, como as demais, dentro de certos parâmetros.

O que parece transparecer é que a concorrência, considerada no sentido de ganho de eficiência do mercado como um todo, não somente não é incompatível com a publicidade comparativa, mas ao contrário, a tem como um de seus bons instrumentos. Por outro lado, o contexto da “não necessidade para a concorrência” embora não envolva dados legais, contrasta com o princípio da livre iniciativa,²⁸⁶ o qual não exige tal atributo para o exercício dessa atividade de suporte empresarial.

No que concerne ao consumidor, a peleja envolve a informação, sua relevância e condições. Nesse âmbito e olhando de frente para as objeções, cabe notar que a indecisão por vezes decorre da própria informação (independente de seu excesso ou defeito) – mas esse não é um argumento definitivo. Importa, antes, é que a ausência da informação resulta na compra repentina e impensada.

O interesse do anunciante (persuasivo) prepondera sobre o informativo quase sempre, inclusive na publicidade não comparativa. Isso, por si só, não impede a liberdade de escolha. Aliás, pelo viés da retórica, seja na linguagem comum, seja na ciência, sempre se pretende vencer pela força dos argumentos.²⁸⁷ Mas se isso, evidentemente, não justifica a eliminação das mensagens comparativas implica em que não deve ser aceita sem restrições. Entre essas restrições está em que os dados essenciais e necessários sejam comparados.²⁸⁸ E uma vez que a comparação, normalmente, é feita com base em dados de terceiros, à exceção do preço ou dos mais

²⁸³ Ver, a seguir, § 6.1.4

²⁸⁴ Ver § 3.3.3.

²⁸⁵ Ver, por exemplo, Cap. 8.5.

²⁸⁶ Ver § 5.4.3.5.

²⁸⁷ “Acrece que, não obstante uma parte significativa das comparações comportar uma informação incompleta, tal não significa que as mesmas não possuam qualquer teor informativo”. Além disso, “a atitude dos consumidores em relação à publicidade comparativa é mais cética e crítica do que a que se registra em relação à restante publicidade, o que afastaria a sua especial capacidade enganadora” (LEITÃO, 2005, p. 4).

evidentes, ao contrário do que se afirmou, o anunciante será antes o advogado do que o juiz.²⁸⁸

O aspecto aqui tomado amplamente como de “legalidade” abrange as arguições acerca (i) da existência de norma legal que a proíba em qualquer formato e (ii) da denigração.

Os doutrinadores concordam, em sua maioria,²⁸⁹ que não é lícita a utilização de marcas ou outros sinais distintivos do comércio de outrem como se fossem próprios - casos de infração aos direitos de propriedade industrial. Mas esta não é, de fato, a discussão na qual se enquadra a publicidade comparativa, já que nesta há reconhecimento de que os sinais não pertencem ao anunciante.

Por segundo, os mesmos doutrinadores aceitam que a comparação falsa sempre tornará ilícita essa modalidade publicitária. E isso nos dois aspectos: dados falsos e comparação incorreta.

Lélio Denícoli SCHMIDT (2001, p. 16), por exemplo, argumenta que a publicidade comparativa falsa está desde logo descartada porque contraria o artigo 37, caput e § 1º. da Lei 8.078/90, o artigo 10 bis, item 3, da Convenção de Paris, o artigo 195, incisos I a III, VII e XIII da Lei 9.279/96, o artigo 17, II, a, do Decreto 57.690/66 e o artigo 27 § 2º. do CBAP.

Alguns também aceitam que a publicidade comparativa, ainda que verdadeira, traz algum grau de denigração à marca comparada. Exceção à doutrina argentina examinada, a qual, majoritariamente, entende que para denegrir uma marca a comparação entre produtos deve ser falsa.²⁹⁰

Da mesma amostra, dos que consideram a possibilidade da publicidade comparativa ser lícita, também todos concordam que a licitude dependerá do cumprimento de alguns requisitos.

Afora esses pontos, a controvérsia, quanto ao modo, está em que medida, seja explícita ou implícita *stricto sensu*, será essa mensagem considerada ilícita. Nesse ponto há uma grande controvérsia doutrinária, merecedora de análise apartada no capítulo a seguir. Cabe aqui continuar com outros aspectos da análise, entretanto.

²⁸⁸ Ver § 5.2.4.9.

²⁸⁹ “Porém, na realidade, o concorrente não deve ser visto como um juiz, mas antes como um advogado que salienta as vantagens do seu produto” (LEITÃO, 2005, p. 4).

²⁹⁰ Embora possa parecer excessivo, convém alertar que a expressão está afeta à amostra coletada, a qual contém os nomes que seguem no decorrer deste capítulo e do seguinte (Cap. 6.2).

²⁹¹ Como se vê em MEDRANO, 2003, p. 64.

§ 6.1.3 Posição da jurisprudência

A jurisprudência pátria pende para a aceitação da publicidade comparativa, somente a impedindo quando há risco de denigração da imagem do concorrente ou quando ofende direitos do consumidor.²⁹²

É o caso da disputa que envolveu a AOL Brasil e a Brasil on line, julgada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo em 2001.²⁹³ Considerou o Relator que a mensagem publicitária desta última, ao usar a figura de um burro, visava denegrir a imagem da concorrente e, principalmente, afastar o consumidor dos seus serviços. É que estaria a pregar a xenofobia, sustentando “o porte pacato e até submisso do brasileiro e o do arrogante do norte-americano”. Segundo o julgado, haveria “sérios indícios de inobservância do disposto no art. 32 do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, que impõe limites à publicidade comparativa, impedindo, dentre outras coisas, a concorrência desleal e que a imagem do produto ou a marca de outra empresa sejam denegridas”.

Mas em outro caso discutido pelo mesmo Tribunal, a Hoechst Aktiengesellschaft alegou que concorrente estava fazendo uso de uma sua marca registrada, por meio da veiculação de publicidade comparativa. Argumentou que isso seria forma de desvio da clientela alheia, caracterizando crime contra as marcas e prática de concorrência desleal. Apresentou, ainda, certificado de registro da marca. O Relator entendeu que configuraria a hipótese proibitiva prevista no art. 132, inciso IV, da Lei nº 9.279/96, já que a citação teria conotação comercial. No entanto, foi voto vencido. A maioria entendeu que não se vislumbravam o “*fumus boni juris*” nem o “*periculum in mora*” e que, ademais, não se justificaria a proibição da veiculação da peça publicitária, por parte da agravada, “*esta sim podendo sofrer prejuízo em suas*

²⁹² As decisões do CONAR (ainda que não sejam propriamente “jurisprudência”) não serão aqui relacionadas, mas logo além, no decorrer dos capítulos 7, 8 e 9. Em todo caso, adiante-se, o CONAR admite essa modalidade publicitária, como está estampado no próprio CBAP, com as restrições ali contidas.

²⁹³ Ementa: “Antecipação de Tutela. Revogação ou modificação a qualquer tempo possibilidade Inteligência do art. 274. § 4º. do Código de Processo Civil. Nulidade. Não caracterização – Recurso provido por outro motivo. Ação Cominatória. Antecipação de tutela. Cabimento - Verossimilhança das alegações e receio de dano irreparável ou de difícil reparação. Caracterização Propaganda da agravada que visa denegrir a imagem da concorrente e prega a xenofobia - Inobservância do art. 32 do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária Indícios. Recurso provido para cassar a decisão agravada e restabelecer a antecipação de tutela”. (Agravo de Instrumento 226.798-4/3, TJ SP, j.12/12/2001).

atividades comerciais, enquanto não se decide a lide, cujo resultado ainda é imprevisível".²⁹⁴

Em situação envolvendo empresas que comercializavam produtos em supermercados, discutiu-se acerca de uma lista de produtos idênticos revendidos em ambas as lojas, com preços inferiores aos praticados pela autora da lide, que alegara concorrência desleal. Na decisão o Relator frisou que “*a propaganda comparativa, como a que foi feita, mostra-se não apenas permitida, como necessária até para que os consumidores, se inteirando do preço dos produtos ofertados, decidam de sua conveniência na aquisição*”. E acrescentou: “o que se mostra vedado, e esse não foi o procedimento da recorrida, é, feita a comparação por anúncio, qualquer que seja ele, no oferecimento comparativo dos produtos de uma ou de outra forma, seja feita qualquer alusão desairosa a concorrentes; e isso, no caso, não foi feito. A propaganda (fls. 19/20) apenas elencou uma lista de produtos à venda em ambos os estabelecimentos e, dessa lista, o que se verifica é que os preços mais reduzidos são os oferecidos pela recorrida. Mas isto não implica em qualquer deslealdade, quer para o concorrente, quer para o consumidor (...).” Quanto à lei 9.279/96, considerou o julgado que nenhum dos “tipos” elencados no artigo 195 incorreu a recorrida, já que esta não teria feito falsa afirmação, nem procurado, com ela obter vantagem e nem empregou meio fraudulento para desviar a clientela.²⁹⁵

Em mais um caso apreciado pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, a ré havia feito veicular, em jornais e em seu estabelecimento comercial, folhetos comparativos de preços envolvendo a autora e mais um similar, com o fim de chamar a atenção de clientes para o fato de estar vendendo mais barato do que os concorrentes e propondo-se a cobrir qualquer oferta por eles anunciada. No primeiro grau o magistrado julgou improcedente a ação sob o fundamento principal de que não houve concorrência desleal ou uso indevido de marca ou nome comercial, salientando, ainda, que o princípio constitucional da livre concorrência permitia a comparação verdadeira de preços em benefício do consumidor. O Tribunal confirmou a sentença

²⁹⁴ Ementa: “Agravo de instrumento. Ação ordinária com preceito cominatório, cumulada com perdas e danos Hipótese em que a ré, em anúncio publicitário, menciona a marca de propriedade da autora. Pedido de liminar indeferido pelo juiz. Decisão confirmada - Agravo não provido”. (Agravo de Instrumento nº 218.192-4/4-00 julgado em 5 de fevereiro de 2002 pela Primeira Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo).

²⁹⁵ Ementa: “Indenizatória – Alegação de concorrência desleal e propaganda enganosa – Não ocorrência – Ação improcedente – Decisão mantida – Recurso improvido. Não constituem concorrência desleal e nem propaganda enganosa a mera propaganda comparativa entre

acrescentando que “a propaganda feita pela apelada, embora arrojada no que tange à concorrência dos seus produtos com os vendidos pela apelante e por outra empresa do ramo (...), conhecida como propaganda comparativa, não fere o direito de uso de marca, nem traduz concorrência desleal. De um lado porque o uso da marca se presta a identificar a própria autora; de outro porque não há ofensa ou ataque aos produtos por ela vendidos, mas simples aviso de que vende mais barato e se dispõe a cobrir anúncio de preço mais barato”. Enfatizou ainda o Relator que não ocorreu a concorrência desleal criminosa, vez que “não houve exploração mentirosa ou enganosa do nome da autora ao sugerir a comparação dos preços, nem na disposição de cobrir algum anúncio mais em conta dos concorrentes. E menos ainda houve uso de informação que não fosse do conhecimento público, como são os preços das mercadorias anunciadas e expostas nas prateleiras dos concorrentes”.

E o Tribunal foi além: “não custa salientar, que os princípios da livre concorrência e da defesa do consumidor, tratados no art. 170 da Constituição Federal, são mais adequados para justificar do que condenar a postura aguerrida da ré apelada. *A livre concorrência implica exatamente permitir que todos possam oferecer suas mercadorias por preço mais barato ou prazos maiores para pagamento*, circunstância que só facilita e beneficia os consumidores. E é de meridiana clareza que não houve abuso da ordem econômica referido no art. 20 da Lei nº. 8884/94. A propaganda comparativa, técnica atualmente usada com sucesso mundial para a publicidade, tem se revelada muito proveitosa ao consumidor e não pode ser inibida sem desbordar para a ofensa ou falta de ética. A propaganda comparativa não é proibida e a conduta da ré apelada não se enquadra em nenhuma das hipóteses condenadas pelo art. 32 do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, particularmente os aspectos abordados de concorrência desleal, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa. O certo é que a pretensão de vender mais barato, de induzir o consumidor a comprovar os preços praticados em concorrentes anunciados, bem como cobrir ofertas menores, não caracteriza concorrência desleal nem denigre os concorrentes e suas marcas. A propaganda é clara e objetiva, não é mentirosa ou enganosa, e beneficia o consumidor que se aproveita para comprar mais barato”.²⁹⁶

concorrentes sem alusão desairosa – Inteligência da Lei Federal n. 9.279/96, art. 195” (Apelação Cível 125.327-4/9-00, julgado em 08 de agosto de 2002 pelo Tribunal de Justiça de São Paulo).

²⁹⁶ Ementa: “Obrigação de não fazer. Concorrência Desleal. Propaganda comparativa. Inexistência de ilegalidade da ré em mencionar o nome da autora em publicidade de preços mais baixos, ou de

Porém, em outra situação, de publicidade de medicamentos, o Relator entendeu que a publicidade teria “a nítida intenção de demonstrar, comparativamente, que o preço do seu produto é o menor, sendo que os preços praticados pelas outras concorrentes são excessivamente maiores e, consequentemente, induzir o público alvo, que são os médicos, a receber os seus produtos e não os das outras concorrentes”. Daí que considerou, que estaria presente o “*periculum in mora*”, “na medida em que tal propaganda, como veiculada, poderá acarretar expressiva diminuição das vendas da autora, com perda de substancial faturamento, isto é, grande prejuízo financeiro”. Argumentou, também, que “a agravante poderia veicular essa mensagem de que o seu produto é mais barato do que todos os similares que existem no mercado sem a menção da marca e do nome que pertencem à autora”. Por fim, asseverou que “se, no âmbito do processo, se concluir que a conduta não é ilegal, por estar dentro dos limites da Lei n. 9.279/96, que não impede a propaganda comparativa de preços, ela poderá continuar a veicular esse tipo de propaganda”.²⁹⁷

Também o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro defrontou-se com o tema. No caso, o acórdão assentou inicialmente que “a composição do conflito relativo à divulgação de publicidade, *como a matéria não se regula expressamente pelo ordenamento positivo, realiza-se conforme a praxe da atividade publicitária, a analogia e os princípios gerais do direito (Lei de Introdução ao Código Civil, art. 4º)*”. Desta observação concluiu que “a praxe desse ramo de atividade, observados alguns limites dispostos de forma genérica em normas de auto-regulamentação, dentre eles a proibição da mensagem gerar confusão para o consumidor ou denegrir a imagem ou produto da concorrente, admite a publicidade comparativa”. Levou em conta, entretanto o caso concreto: “consideradas essas circunstâncias, na medida em que de forma irônica manifesta uma idéia de que o seu jornal contém um volume - idéia de peso - jornalístico superior ao do concorrente, sem indicar qualquer fato objetivo, a mensagem publicitária gera confusão para o consumidor, e ultrapassa os limites admitidos pela praxe dessa atividade para a publicidade comparativa”. E, por fim, considerou, em vista disso, ser direito do concorrente, em homenagem à

redução se na loja da autora e outra os preços forem mais baratos. Publicidade arrojada que não é mentirosa nem enganosa. Illegalidades ausentes. Ausência de vedação legal. Agravo retido e apelo improvido”. (TJSP, Apelação Cível 320.565.4/6, 4ª. C. Direito Privado, j. 24/11/2005).

²⁹⁷ Agravo de Instrumento 258.606.4/8, julgado em 24 de setembro de 2002, TJSP.

integridade e reputação da sua marca, impedir a divulgação dessa mensagem publicitária discutida".²⁹⁸

§ 6.1.4 Ensaio transdisciplinar: publicidade e construção identitária

Um breve parêntesis será necessário aqui para o ensaio de outro argumento em prol da mensagem publicitária comparativa, agora através de via transdisciplinar. Vejamos.

Se MARX fala da revolução das novas técnicas da indústria moderna,²⁹⁹ nisso não discorda SCHUMPETER (19.., p. 103-109), para quem “o impulso fundamental que dá a partida e mantém em funcionamento o motor capitalista vem dos novos bens de consumo, novos métodos de produção ou transporte, novos mercados, novas formas de organização industrial que a empresa capitalista cria”.³⁰⁰

Porém, na atual sociedade de consumo, é difícil precisar com rigor a noção de “inovação”: as diferenças entre os produtos em inúmeras vezes são mínimas, se é que existem. Já se pode antever, então, que a “destruição criadora” schumpeteriana relaciona-se intimamente com a Publicidade. Tanto o é que Joachim MARCUS-STEIFF (1974, p. 30) dirá que “a importância da publicidade na difusão de uma inovação situa-se na razão inversa da importância da inovação”.³⁰¹

A estratégia publicitária partirá, então, justamente da criação de uma identidade própria ao produto. BARROS FILHO (2003, p. 80-85), por exemplo, revela a tática de marketing, elaborada ainda na fase de planejamento do produto, consistente em “revelar superioridade de um determinado produto a partir de um

²⁹⁸ Apelação Cível 2002.001.17791, 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, julgado em 08/04/2003.

²⁹⁹ Segundo MARX, “a indústria moderna nunca considera nem trata como definitiva a forma existente de um processo de produção. Sua técnica é revolucionária, enquanto todos os modos anteriores de produção eram essencialmente conservadores. Por meio da maquinaria, dos processos químicos e de outros modos, a indústria moderna transforma continuamente, com a base técnica da produção, as funções dos trabalhadores e as combinações sociais do processo de trabalho. Com isso, revoluciona constantemente a divisão do trabalho dentro da sociedade” (MARX, O Capital, Cap. 13. p. 557-558, apud POSSAS, 1989, p. 72).

³⁰⁰ Também citado em POSSAS, 1989, p. 70.

³⁰¹ É neste ponto (entre outros), que se encaixa a crítica de BAUDRILLARD, segundo o qual a sociedade se regula pela produção de signos distintivos, de uma gramática de classe pela qual o indivíduo tenta se localizar e um “código de status” moral referido por objetos e sancionado pelo grupo, no qual, enfim, as necessidades mascaram uma finalidade interna requerida pelo funcionamento do sistema (especialmente, BAUDRILLARD, 1972;1993;2002). Portanto, seria já

único atributo, atingindo, então, diferenciação no mercado”, de forma a “posicioná-lo como único capaz de trazer certa singularidade, percebida como valor evidente”. Assim, conclui, “comportando benefício evidente há dificuldade de contestação por parte do concorrente”, podendo-se, então, partir para o cheque-mate: “*pode-se, então, declarar vantagens objetivas e, com isso, apequenar o concorrente e impedir que este assuma a mesma vantagem*”. Júlio RIBEIRO (1989, p. 73), por seu lado, comenta sobre o “conceito de comunicação”, o qual, entre outras facetas, deve demonstrar “a personalidade da marca, isto é, os traços de imagem que ajudam a criar a sua individualidade e a sua diferenciação entre as marcas concorrentes”. RIBEIRO conclui, a partir de Sérgio DIAS (apud RIBEIRO, 1989, p. 415-416), que os tempos mudaram e que já não se pode mais anunciar um produto colocando-o em isolamento: “a não ser que a publicidade *posicione o produto em relação a seus competidores*, ele estará condenado ao fracasso”.

Júlio RIBEIRO e BARROS FILHO, então, tratam de duas estratégias publicitárias devidas a Rosser REEVES e a Al RIES e Jack TROUT: a denominada Proposição de Vendas Única (PVU) e o “posicionamento”.³⁰² O que importa é que a sociedade de massas forçou um trabalho de produção identitária a partir das referências de um produto com os demais. Mas isso, afirma BARROS FILHO (2003, p. 80-85), resulta em uma espécie de exclusividade da representação alheia, que passa a ser refratária dessa representação criada. Daí sua conclusão: “defender a idéia de que um comercial não deve oferecer ao consumidor uma imagem que o faça perceber o produto ofertado como semelhante ou idêntico a um outro, é defender o direito de exclusividade de determinada representação”.

Vejamos ainda outra vertente. Na construção da mensagem publicitária utiliza-se via de regra de *tropos*,³⁰³ *ou seja*, figuras de linguagem, como um erro de denominação consciente e deliberado, uma espécie de mentira que se quer reconhecer como tal (CARVALHO, 1998, p. 74-75). Dentre esses tropos está a metáfora. Mas a metáfora, longe de ser simplesmente uma figura de linguagem, está

oferta e não a compra, que ao mesmo tempo distingue aquele que pode daquele que não pode comprar: separa, marca e constrange.

³⁰² A PVU (ou USP) seria criação de Rosser REEVES, como explica Neuza D. GOMES (2003, p. 213-214), mas estaria, segundo ela, sendo pouco utilizada “em vista dos produtos apresentarem cada vez mais semelhanças entre si, oferecendo as mesmas vantagens ao consumidor”. Afora esses dois modelos GOMES também apresenta outros: o econômico partia do princípio de que o consumidor avalia conscientemente todas as possibilidades a seu alcance; o de PAVLOV, estaria assentado no entendimento de que a repetição produz a aprendizagem; e o de David OGILVY, segundo o qual o importante é o conjunto de características evocada pela imagem da marca (2003, p. 205-216).

na base da cognição. Há, dizem LAKOFF e JOHNSON (2002, p. 9-21), “um sistema conceptual metafórico subjacente à linguagem, que influencia nosso pensamento e nossa ação”, do que segue a metáfora é uma forma de “compreender e experienciar uma coisa em termos de outra”. A metáfora passa agora de desviante a “fenômeno central na linguagem e no pensamento, sendo onipresente em todos os tipos de linguagem, na cotidiana e científica inclusive”.³⁰⁴ Para ARISTÓTELES, a comparação é uma metáfora, com muito pouca diferença. *A comparação, por sua vez, continua, “explicita essa aproximação subjacente ao empréstimo e ao desvio”*.³⁰⁵

Pode-se então dizer que toda vez que a mensagem publicitária fazer uso de uma metáfora – e serão muitas – estará realizando uma comparação. Isso não quer dizer que todas ou a maioria das mensagens publicitárias se enquadrem no conceito jurídico de publicidade comparativa. Mas indica que a mensagem comparativa (a comparação) faz aparecer, às claras, o que as mensagens publicitárias em geral (a metáfora) escondem mas também implicitamente realizam: a comparação entre os produtos.

A comparação, dessa forma, faz surgir “a relação que, na metáfora é operante sem ser enunciada”, ou, o que nesta é “operatório, mas não temático” (RICOEUR,

³⁰³ Sobre a linguagem publicitária, seus recursos retóricos, veja também CAMPOS, 1987.

³⁰⁴ Dados da introdução à obra, por Mara Sophia ZANOTTO et alli. Os autores, aliás, vão bem longe: “Os conceitos que governam nosso pensamento não são meras questões do intelecto. Eles governam também a nossa atividade cotidiana até nos detalhes mais triviais. Eles estruturam o que percebemos, a maneira como nos comportamos no mundo e o modo como nos relacionamos com outras pessoas. Tal sistema conceptual desempenha, portanto, um papel central na definição de nossa realidade cotidiana. Se estivermos certos, ao sugerir que esse sistema conceptual é em grande parte metafórico, então o modo como pensamos o que expericienciamos e o que fazemos todos os dias são uma questão de metáfora” (LAKOFF, 2002, p. 46). RICOEUR (2000, p. 43), a seu lado, dirá que “a metáfora é um desvio em relação ao uso corrente das palavras, de um ponto de vista dinâmico ela procede de uma aproximação entre a coisa a nomear e a coisa estranha à qual ela empresta o nome”.

³⁰⁵ ARISTÓTELES (2006) exemplifica: “quando o poeta diz de Aquiles: ‘ele lança-se como um leão’ é uma comparação; se ele diz: ‘um leão, ele lança-se’, isso é uma metáfora; como ambos são corajosos, ele transfere o sentido e denomina Aquiles de leão”. O texto foi vertido da tradução de J. H. Freese: “The simile also is a metaphor; for there is very little difference. When the poet says of Achilles, “he rushed on like a lion,” it is a simile; if he says, “a lion, he rushed on,” it is a metaphor; for because both are courageous, he transfers the sense and calls Achilles a lion”). Segundo RICOEUR (2000, p. 43-49), ARISTÓTELES subordina a comparação à metáfora. Faz isso desmembrando-a e ligando uma parte à teoria da prova (no livro 1 da Retórica) e outra, sob o nome de *eikōn*, colocando-a do domínio da metáfora. Mas a falta de um termo de comparação na metáfora implica que ela é mais desenvolvida que a comparação. Assim, toda metáfora seria uma comparação implícita, “na medida em que a comparação é uma metáfora desenvolvida”. Essa subordinação da comparação à metáfora, como se vê, “só é possível porque a metáfora apresenta em curto-circuito a polaridade dos termos comparados”. QUINTILIANO, é verdade, dirá que “a metáfora é mais breve que a comparação”. No entanto, seja a comparação uma metáfora extendida (“extended metaphor”), ou seja a metáfora uma comparação contraída (“contracted simile”), o fato é que estão reciprocamente enredadas.

2000, p. 43-49). Ou seja, a mensagem publicitária comparativa tem a virtude da clarificação.

6.2 COMPARAÇÃO E SIGNOS DISTINTIVOS: POSSIBILIDADE

No capítulo anterior afirmou-se que a publicidade comparativa é majoritariamente aceita pela doutrina e pela jurisprudência³⁰⁶ mas não é integralmente livre. Foi afirmado, mais, que os doutrinadores estão divididos quanto à possibilidade de citação de signos distintivos de terceiros sem o consentimento destes, ainda que a comparação seja verídica.

Cabe aqui averiguar, antes de ir além, a hipótese de que a publicidade comparativa possa ser ilícita apenas pelo fato de indicar signos de terceiros sem autorização dos detentores desses direitos (explícita e implícita *stricto sensu*).³⁰⁷ Ou seja, ainda que considerado para fins classificatórios, será deixado para depois ver se no anúncio comparativo verdadeiro há ou não denigração. Embora às vezes essas duas questões sejam tratadas conjuntamente, pertencem a universos distintos. Um deles cuida da análise dos textos legais acerca da possibilidade da inserção dos signos, sem levar em conta seus efeitos; o outro cuida das consequências.

§ 6.2.1 Uso de signos de terceiros e doutrina

A controvérsia doutrinária anunciada no capítulo anterior pode ser assim resumida, quanto ao modo:

- a) é sempre ilícita (GUSMÃO, TINOCO SOARES, REQUIÃO),
- b) ilícita é a explícita e a implícita *stricto sensu* (SCHMIDT);
- c) ilícita é somente a explícita (CERQUEIRA, PEREIRA);
- d) ilícita é somente a explícita falsa (COELHO, LEITÃO, MARTIN, RAMELLA, DUVAL, OTAMENDI, MEDRANO, ALONSO, SANTOS, OLAVO, BOADAS, ASCENSÃO, ELZABURU, CAMELIER).³⁰⁸

³⁰⁶ Repete-se: a afirmação refere-se à amostra coletada.

³⁰⁷ Sobre essas modalidades ver § 5.2.4.3.

³⁰⁸ As obras das quais os entendimentos foram extraídos estão no texto a seguir. Para controle, as datas às quais se referem são as seguintes: GUSMÃO, 1999; TINOCO SOARES, 1988; REQUIÃO, 1995; SCHMIDT, 2001; CERQUEIRA, 1956; PEREIRA, 2001; COELHO, 2003; LEITÃO, 2005; MARTIN, 1998; RAMELLA, 1913; DUVAL, 1976; OTAMENDI, 1999; MEDRANO, 2003;

Seguem, deste ponto em diante, as posições desses doutrinadores.

José Roberto D'Affonseca GUSMÃO entende que o inciso IV do artigo 132 da Lei 9.279/1996 obsta a publicidade comparativa, ainda que baseada em elementos verdadeiros. Considera que se “ao estipular em que condições o titular da marca não poderá impedir a citação desta por terceiros, a lei estabeleceu, a *contrario senso* e de modo residual, em quais situações esta faculdade poderá ser exercida”. Em decorrência disto, “caso a citação da marca se dê em publicação que possua conotação comercial ou traga prejuízo para o caráter distintivo da marca, o proprietário desta poderá a tanto se opor”.³⁰⁹

José Carlos Tinoco SOARES acredita que “é contra a ética do publicitário e do agenciador de propaganda reproduzir ‘marcas’, sem o consentimento prévio de seus proprietários, o que nos autoriza a dizer desde logo que a publicidade comparativa contendo a marca do produto comparado, sem prévia autorização do seu titular, em princípio é proibida”.³¹⁰

Rubens REQUIÃO considera que “não são atos de concorrência desleal os que o comerciante realiza para conquistar reputação para os seus negócios, nem expressões exageradas com que elogia os seus produtos”. Acrescenta que, “como bem esclarece HAMEL, LAGARDE e JAUFFRET, todo comerciante tem direito de exaltar, exageradamente embora, suas mercadorias, usando o superlativo, jamais o comparativo”.³¹¹

SCHMIDT (2001, p. 17) afirma que nos termos dos artigos 129, 130, III, 131 e 132, IV, da Lei 9.279/96, bem como do artigo 17, I, c, do Decreto 57.690/66, o titular pode impedir a citação de sua marca em publicação comercial que traga prejuízo à reputação ou distintividade desta. Isto, conclui, “torna ilícita a publicidade comparativa, mesmo fundada em afirmações verídicas”. E acrescenta: “o titular da marca passou a ter o direito de impedir que um concorrente faça publicidade para falar mal desta, ainda que para dizer a verdade”.

ALONSO, 2005; SANTOS, 2000; OLAVO, 2005; BOADAS, 1990; ASCENSÃO, 2001; CAMELIER, 2000.

³⁰⁹ GUSMÃO, José Roberto D'Affonseca. Anais do XIX Seminário Nacional da Propriedade Intelectual, págs. 71-75, ed. ABPI - Assoc. Bras. da Prop. Intelectual, 1999 apud SCHMIDT, 2001, p. 6.

³¹⁰ TINOCO SOARES, José Carlos. Concorrência Desleal. São Paulo: Resenha Tributária, p. 38 apud PEREIRA, 2001, p. 113.

³¹¹ REQUIÃO, Rubens. Curso de Direito Comercial. 22ª. Ed., São Paulo: Saraiva, 1995. 2. v. p. 243 apud PEREIRA, 2001, p. 128.

SCHMIDT (2001, p. 17) também tem como vedada a comparação implícita. Argumenta que “o direito de zelar pela integridade material e reputação da marca (artigo 130, III, da Lei 9.279/96) confere ao seu titular a faculdade de se insurgir contra qualquer ofensa, incluindo as indiretas, que, lançadas à sua pessoa, ao seu produto, mercadoria ou serviço (artigo 17, I, d e e do Decreto 57.690/66), acabam reflexamente denegrindo a marca que os designa”.

Todavia o mesmo SCHMIDT (2001, p. 17) considera regular a comparação genérica (que aqui se denomina implícita abrangente), “ainda que possua cunho denegritório, pois nesta modalidade o anunciante não se compara com nenhum concorrente em particular, nem mesmo implicitamente, limitando-se a louvar exageradamente o seu produto ou serviço, através de superlativos que o indicam como sendo o melhor, o maior, etc”. Essa licitude, todavia, seria “restrita às situações nas quais o exagero não é levado a sério e não está em descompasso com algum dado passível de medição, ou seja, não é enganoso (cf. artigo 37, § 1º, da Lei 8.078/90, artigo 27, § 2º, do CBAP)”.

Para João da Gama CERQUEIRA (1956, p. 381), a princípio é lícito a todo comerciante ou industrial apregoar as qualidades ou vantagens de seus produtos, enaltecendo-os até o exagero, embora implique indiretamente depreciar ou menospregar os produtos concorrentes. Acrescenta, no entanto, que “a propaganda deve manter-se nos limites da generalidade, sem visar a concorrentes determinados, indicando-os nominalmente, ou de modo disfarçado, mas transparente”.³¹²

Marco Antonio Marcondes PEREIRA (2001, p. 90-112), por sua vez, considera que “figurando como fato da atualidade a aceitação da publicidade comparativa, desde que observadas determinadas condições, não vemos razão para tratá-la como subtítulo da modalidade da publicidade denegritória”. Todavia, prefere “compreendê-la como modalidade de publicidade ilícita, via de regra, pois as condições impostas para sua licitude são muito grandes, de tal maneira que quase impedem a ocorrência de confrontações aceitáveis no mundo fático”. Afirma, ainda, que a comparação entre os bens não autoriza a “apropriação dos signos distintivos do concorrente, ainda que seja o manto de que a comparação visa tecer elogios ao adversário”.³¹³

³¹² Também citado em PEREIRA, 2001, p. 103.

³¹³ Sua orientação, difícil de conciliar, é no sentido de evitar-se a generalidade na comparação de bens e, ao mesmo tempo, que os concorrentes não sejam identificados (PEREIRA, 2001, p. 104;127).

Fábio Ulhoa COELHO (2003b, p. 363-365) defende que “se não houver, na comparação veiculada pelo anúncio, a possibilidade de o destinatário vir a ser enganado, não se verifica nem a concorrência desleal, nem o desrespeito à marca do concorrente”. Mas logo depois adentra ao ponto que ora discutimos: “finalmente, em relação aos direitos industriais do concorrente citado na publicidade comparativa, não existe lesão de qualquer natureza pela simples menção da marca registrada que ele titulariza”. Continua COELHO: “no Brasil, a rigor, irregularidade na publicidade comparativa, frente ao direito industrial, somente existe em duas hipóteses: 1º.) se, ao mencionar a marca ou marcas da concorrência, o empresário anunciantre as imita em seus produtos ou serviços ou, de qualquer forma, induz em confusão os destinatários da mensagem (esta é, inclusive, a conduta tipificada como crime contra a marca: LPI, art. 189, I) – 2º.) se a publicidade comparativa contribuir para a degenerescência da marca (LPI, arts. 130, III e 131; cap. 6, item 7.3)”. Em resumo, para Fábio Ulhoa COELHO, a comparação na publicidade, em si mesma considerada e quanto ao direito industrial, não é irregular.

Na doutrina estrangeira, portuguesa, Adelaide Menezes LEITÃO (2005, p.15) tem o mesmo entendimento: “o emprego de uma marca ou de qualquer sinal distintivo na publicidade comparativa é lícito, não violando o círculo do direito de exclusivo, desde que vise unicamente a comparação e não pretenda aproveitar-se do prestígio de outra marca”.

No direito argentino, Zapiola Guerrico MARTÍN diz que o direito do titular da marca para impedir que outro a use não é absoluto, no sentido de conceder-lhe exclusividade do emprego dos atributos registrados, pois, se assim fosse, se estaria dando concessão a um monopólio injustificado.³¹⁴

Agustín RAMELLA, na Itália, considera que “não vale fazer o elogio do produto do terceiro, quando ao fazê-lo, se demonstra a sua inferioridade”. Daí que “a comparação é repreensível ainda quando se dirija somente a demonstrar a identidade da substância e benéficos efeitos, do próprio produto com o produto alheio, porque com elogios do terceiro se elogia indiretamente a própria mercadoria e se desfruta da fama do produto alheio com prejuízo de terceiro, marcadamente quando o produto

³¹⁴ MARTÍN, Zapiola Guerrico. “*La publicidad comparativa. Aspectos jurídicos*”, LL 1998 – C – 772, apud MEDRANO, 2003, p. 58.

próprio objeto da comparação não apresente as qualidades afirmadas, e resulte, portanto inferior ao outro”.³¹⁵

Hermano DUVAL (1976, p. 144), ao que parece, a tem como ilícita, desde que cumpra alguns requisitos. Assim, afirma que a publicidade denegritória é “a publicidade ilícita em que a intensidade da agressão é mais forte do que a publicidade comparativa”.

J. OTAMENDI acredita que a publicidade comparativa, na medida em que seja veraz, não induza à confusão, se refira a características determinantes dos produtos ou serviços comparados e compare o que é comparável, deveria ser considerada um meio lícito de concorrência. Acrescenta que o caso não é de questão que envolva direito sobre marcas, mas de concorrência desleal, já que a marca não estaria sendo usada em função marcaria para distinguir um produto ou serviço próprios.³¹⁶

Coincide com esses dois últimos o pensamento de Gabriel Alejandro Martinez MEDRANO. O doutrinador argentino entende que esse modo de pensar reflete grande parte da doutrina e da jurisprudência de seu país. Trata-se, na verdade, de separar entre o (i) uso típico da marca, restrita a situações em que a função do signo seja a de identificar e distinguir os produtos e serviços de uma empresa de os de outra, isto é, função marcária, e (ii) o uso atípico, que consistiria nos demais usos fora dessa função. A função marcaria, então, seria o uso no comércio para distinguir os produtos ou serviços que o infrator quer passar como próprios. A publicidade comparativa, segundo o autor citado, poderia ser considerada ilícita ou lícita conforme cumprisse os requisitos da boa fé e da honestidade comercial.

Também nesta linha caminha Fernando Martín ALONSO (2005, p. 54), que discorre desde o primeiro julgado argentino, em 1971, e a proibição, até o último, em maio de 2005 (caso Quilmes versus Isenbeck), quando a Corte autorizou a veiculação dessa modalidade publicitária pelas razões indicados por MEDRANO. Nesse último julgado consta que “*uno de los beneficios de la publicidad comparativa está en su tendencia a equilibrar las fuerzas del mercado; por eso, podría esperarse que quién*

³¹⁵ RAMELLA, Agustín. *Tratado de la Propiedad Industrial. Trad, Revista General de legislación y jurisprudència*. Madri:Hijos de Réus, 1913. t.2, pp. 390-391 apud PEREIRA, 2001, p. 95.

³¹⁶ OTAMENDI, J. *Derecho de Marcas*. Ed. Abeledo Perrot, 3. ed., 1999, p. 285 apud MEDRANO, 2003, p. 58.

tiene una posición dominante deba soportar la presión de los que aspiran a captar porciones del mercado".³¹⁷

Fernando Gherardini SANTOS (2000, p. 249-250) a admite, desde que cumpridos os requisitos do CBAP, os quais, entende, "ganham força cogente, pois estão plenamente de acordo com os princípios básicos sobre a publicidade estabelecidos no sistema consumerista, mormente no CDC". E adiciona: "os objetivos do CBAP e do CDC, bem como do micro-sistema antitruste, são exatamente os mesmos: coibir os abusos e a enganosidade da atividade publicitária, e não há mesmo motivo para negar-se força cogente às normas contidas no CBAP; tal somente não ocorrerá se eventuais normas privadas deste último contrariarem os princípios legais, e nunca o contrário".

Para Carlos OLAVO "a repressão da concorrência desleal visa regular o funcionamento do mercado" e, assim, "aqueles tipos de alusões, quando verídicas, ainda que venham prejudicar um dado concorrente, beneficiam o regular funcionamento do mercado, e nessa medida, não são censuráveis".³¹⁸

Carme MADRENAS i BOADAS, a seu lado, considera justificado o uso dos signos distintivos alheios em nome da informação aos consumidores, mas alerta que deve ser considerado injustificado se lesionar direitos da propriedade industrial ou se gera confusão capaz de enganar ou induzir erro sobre a procedência ou identificação do produto.³¹⁹

Ao comentarem as alterações trazidas pela Diretiva da União Européia, Alberto de ELZABURU e Jesús Gómez MONTERO reuniram quatro condições básicas para a utilização da Publicidade Comparativa (COELHO, 2003, p. 156):

- a) - "a comparação deve ser verdadeira, ou seja, não pode ser enganosa. A enganosidade está intimamente ligada às características dos produtos ou serviços, ao preço, às condições de fornecimento do produto ou de prestação do serviço, à natureza, às qualidades e aos direitos dos anunciantes;

³¹⁷ [“Um dos benefícios da publicidade comparativa está em sua tendência em equilibrar as forças do mercado; por isso, poderia esperar-se que aquele que tem uma posição dominante deva suportar a pressão dos que aspiram conseguir porções do mercado”].

³¹⁸ OLAVO, Carlos. Propriedade Industrial. Coimbra: Almedina, p. 165 apud PEREIRA, 2001, p. 92.

³¹⁹ BOADAS, Carme Madrenas i. *Sobre la interpretación de las prohibiciones de publicidad engañosa y desleal*. Madrid:Civitas, 1990. pp. 156-158 apud PEREIRA, 2001, p. 132.

- b) - deve ter como base a informação objetiva, o que equivale a dizer que os termos da comparação devem ser verificáveis, factíveis;
- c) - não pode infringir os direitos de propriedade intelectual de terceiros, o que não significa que os anúncios não possam usar marcas de terceiros, uma vez que a própria Diretiva reconhece que a efetiva identificação dos produtos ou serviços do concorrente requer a menção ao seu nome comercial ou à sua marca; e
- d) - deve fundamentar-se nas características do produto ou serviço anunciados, não podendo desacreditar ou denegrir o concorrente".

Para ASCENSÃO (2002, p. 28), ao tratar da invocação ou referências não autorizadas de elementos empresariais alheios, “na sociedade de informação em que vivemos tudo em princípio pode ser dito, desde que seja verdadeiro, sem autorização de ninguém”. Assim:

1. são lícitas as referências técnicas a produtos alheios, necessárias para caracterizar o próprio produto.
2. a publicidade comparativa (de acordo com o art. 16 do Código de Publicidade português).
3. a referência pode ser considerada desleal se destinada a obter para o próprio produto uma consideração vantajosa que não resulte da própria prestação nem seja necessária para o esclarecimento do mercado.
4. as informações verdadeiras e objetivas, que sirvam para caracterizar objetivamente a própria prestação, são lícitas, ainda que impliquem uma referência a terceiros, que pode não ser autorizada” (ASCENSÃO, 2002, p. 29).

Alberto CAMELIER (2000, p. 48-49) destaca que muitas vezes esse tipo de publicidade deixa um *recall* em prol da marca que se queria destacar e outras vezes tem efeito contrário, seja, acaba destacando a marca do concorrente em detrimento da sua própria. Pensa o doutrinador que a menção no artigo 131 da LPI leva a proteção da marca aos papéis e publicidade relativos à atividade do titular, mas não se pode afirmar peremptoriamente “que esta proteção tem o condão de embaraçar a citação ou o uso de marca alheia em propaganda”. Assim, a simples inclusão da palavra ‘propaganda’ na redação do artigo 131 da LPI “não pode ter o alcance que se

pretende dar, sob pena de deturpar a *mens legislatoris*, vale dizer, a intenção do legislador". Ademais, acrescenta, não pode haver comparação sem a citação da marca. Conclui que, seguindo-se os parâmetros do CBAP, a publicidade comparativa ética é aceitável, "podendo a um só tempo ilustrar, orientar e divertir o consumidor".

O dissídio doutrinário é, enfim, bem resumido por Daniela Maia Teixeira COELHO (2003, p. 174): "diante da previsão constitucional dos direitos dos proprietários, dos consumidores, bem como, da livre concorrência, podemos vislumbrar como são divergentes as posições dos juristas brasileiros. Entendendo pela prevalência do direito do consumidor de ser informado, o resultado será condicionar a propriedade ao atendimento da sua função social. Desta maneira, a propriedade deixaria de ser vista como um direito absoluto. Ao contrário, entendendo ser superior o direito de propriedade de uma marca registrada, o direito à informação pleiteado pelos consumidores esbarraria na necessária autorização de seu titular para estar presente em anúncios veiculados por seus concorrentes".³²⁰

§ 6.2.2 Uso de signos de terceiros e legislação

A legislação nacional geralmente relacionada como impeditiva à utilização da publicidade comparativa, quanto aos aspectos citados, é a seguinte:

- a) Lei 8.078/90 (CDC): artigo 37, caput e § 1º;
- b) Decreto 57.690/66: artigo 17, I, c, d, e; art. 17, II, a;
- c) CBAP: artigo 27 § 2º;
- d) Lei 9.279/1996 (LPI) artigos 129; 130, III; 131; 132, IV; e incisos I a III, VII e XIII do art. 195.³²¹

Primeiro o artigo 37, caput e § 1º do CDC. O texto trata da publicidade enganosa ou abusiva. Evidentemente toda e qualquer publicidade com tais atributos é ilícita. Mas a legislação citada nada diz a respeito da menção dos sinais distintivos.

³²⁰ Acrescente-se que Daniela COELHO faz um trabalho expositivo, sem tomar partido de nenhuma das tendências doutrinárias. Acrescenta apenas que "seja qual for a posição defendida, uma coisa é certa: a publicidade deve ser clara, objetiva, verdadeira, transparente e comprovável. Sem opiniões subjetivas, sem distorções, sem conotações negativas, sem subterfúgios, a publicidade deve apresentar o produto ou o serviço anunciado".

³²¹ Ver, especialmente, Lélio Denícoli SCHMIDT (2001).

Ademais, se o CDC é instrumento protetivo do consumidor, não haveria mesmo de proibir as mensagens comparativas. Repare que o artigo 60 do Decreto 2181/1997, que cuida da organização da defesa do consumidor, ressalva expressamente a hipótese de publicidade comparativa.

O Decreto 57.690/66 cuida da regulamentação do exercício da profissão de publicitário e do agenciador de propaganda, normas originárias da Lei 4680/1965. A Lei 4680/1965, em seu artigo 17, dispunha que “a atividade publicitária nacional será regida pelos princípios e normas do Código de Ética dos Profissionais da Propaganda, instituído pelo I Congresso Brasileiro de Propaganda, realizado em outubro de 1957, na cidade do Rio de Janeiro”. Já no Decreto 57.690/66, o artigo 17 está na seção designada como “Ética Profissional” e também se refere aos “preceitos, genericamente ditados pelo Código de Ética dos Profissionais da Propaganda a que se refere o artigo 17, da Lei nº 4.680, de 18 de junho de 1965”. A alínea “c” do item “I” do artigo 17 dispõe que não é permitido “reproduzir temas publicitários, axiomas, marcas, músicas, ilustrações, enredos de rádio, televisão e cinema, salvo consentimento prévio de seus proprietários ou autores”. A alínea “d” proíbe difamar concorrentes e depreciar seus méritos técnicos e a alínea “e”, de atribuir defeitos ou falhas a mercadorias, produtos ou serviços concorrentes. Já a alínea “a” do item “II” do mesmo artigo 17, afirma que é dever divulgar somente acontecimentos verídicos e qualidades ou testemunhos comprovados. Qualquer interpretação a ser dada às menções do Decreto 57.690/66 deve considerar sua relação intrínseca e limitada à legislação que devia regulamentar, a Lei 4680/1965. Essa lei nitidamente procura regular a atividade publicitária, não se atendo ao conteúdo da mensagem. Assim, sem considerar que os acréscimos do artigo 17 do Decreto 57.690/66 podem ter desbordado o limite regulamentar, o disposto na alínea “c” do item “I” somente pode ser interpretado como balizamento de fronteira ética no que diz respeito ao plágio e imitação de outras campanhas publicitárias e seus elementos. É de considerar que a lei também apresenta um conceito amplo de propaganda, como “qualquer forma remunerada de difusão de idéias, mercadorias ou serviços, por parte de um anunciante identificado” (art. 5º.). A partir daí concebe-se que a expressão “concorrentes” das alíneas “d” e “e” cuida dos demais competidores na própria área de atividade publicitária. Não há, então, nos dispositivos citados, base para impedir a exibição dos sinais distintivos na comparação.

O §2º do artigo 27 do CBAP afirma que o anúncio não deverá conter informação de texto ou apresentação visual que direta ou indiretamente, por implicação, omissão, exagero ou ambigüidade, leve o consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao anunciante ou seus concorrentes, nem tampouco quanto à: (i) natureza do produto (natural ou artificial); (ii) procedência (nacional ou estrangeira), (iii) composição e (iv) finalidade. O artigo está na seção intitulada “SEÇÃO 5 - Apresentação Verdadeira”. Na verdade são balizamentos acerca de qualquer mensagem publicitária e não especificadamente da comparativa, que seguem por toda aquela seção do CBAP. Se a marca tem como função distinguir, a mensagem publicitária comparativa, ao fazê-la, está fortificando sua função.

O artigo 129 da LPI atribui ao titular o uso exclusivo da marca. O texto, entretanto, em capítulo intitulado “aquisição” impede a usurpação da marca, ou seja, que outro agente venha utilizar-se dela como se fosse própria. Não é caso da mensagem publicitária comparativa: nesta o anunciante admite que a marca não é sua.

O artigo 130, III, da LPI assegura ao titular da marca ou ao depositante o direito de zelar pela sua integridade material ou reputação. Ocorre que a simples menção da marca em anúncio comparativo não invade nem a integridade material, tampouco ofende a reputação, mesmo porque a função da marca é justamente distinguir.

O artigo 131 da LPI dá conta que a proteção da marca, ditada pela lei, abrange seu uso em papéis, impressos, propaganda e documentos relativos à atividade do titular. O artigo, de redação imperfeita, nada acrescenta ao que aqui já foi dito. Admite-se que a proteção da marca segue até a publicidade, mas a lei, ainda assim, nas suas menções específicas, não proíbe o uso da marca na mensagem comparativa.

Por sua vez, o artigo 132, IV, da mesma lei, afirma que o titular da marca não poderá impedir a citação da marca em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo.

É aqui, no artigo 132, que está a “pedra de toque” daqueles que argumentam contra a possibilidade da publicidade comparativa com a apresentação de sinais distintivos do concorrente (explícita). Lélio Denícoli SCHMIDT (2001, p. 6), por exemplo, assim se reporta: “De fato, ao estipular em que condições o titular da marca não poderá impedir a citação da marca por terceiros, a lei estabeleceu, a contrário

senso e de modo residual, em quais situações esta faculdade poderá ser exercida. Assim, caso a citação da marca se dê em publicação que possua conotação comercial ou traga prejuízo para o caráter distintivo da marca, o proprietário desta poderá a tanto se opor".

Se a marca tem a função de distinguir, evitar a sua apresentação em mensagem comparativa significa restringir direitos, em seu uso pleno, já que não há nenhuma lei a impedir tal modalidade publicitária. Ocorre que os casos de restrição a direitos não comportam interpretação extensiva ou ampliativa. E é o que fato ocorre com a interpretação a contrário senso. Assim, de fato, o titular da marca não pode impedir sua citação em discurso, obra científica ou literária ou qualquer outra publicação, desde que sem conotação comercial e sem prejuízo para seu caráter distintivo. Mas disto não decorre que possa fazê-lo em todos os outros casos. Em outros termos: o argumento a contrário somente pode permitir e não restringir direitos. Considere-se, ainda, que *positio unius non est exclusio alterius*: a especificação de uma hipótese não redunda em exclusão das demais (MAXIMILIANO, 1957, p. 198-200).

O item "I" do artigo 195 da LPI sanciona como crime de concorrência desleal a conduta de publicar, por qualquer meio, *falsa afirmação*, em detrimento de concorrente, com o fim de obter vantagem. No mesmo artigo, o item "II" trata daquele que presta ou divulga, acerca de concorrente, *falsa informação*, com o fim de obter vantagem. O item "III", por sua vez, sanciona a conduta daquele que emprega meio fraudulento, para desviar, em proveito próprio ou alheio, clientela de outrem. Ainda no mesmo artigo, o item "VII" discorre acerca de quem se atribui, como meio de propaganda, recompensa ou distinção que não obteve. Por fim, o item "XIII" trata daquele que vende, expõe ou oferece à venda produto, declarando ser objeto de patente depositada, ou concedida, ou de desenho industrial registrado, que não o seja, ou menciona-o, em anúncio ou papel comercial, como depositado ou patenteado, ou registrado, sem o ser. As normas citadas não atingem a publicidade comparativa, desde que formada em dados verdadeiros e com comparação também verdadeira. Ademais, esta não pode ser tipificada como fraude. Considere-se, também, que *o artigo 1º da Lei 8.884/94, deixa claro que os consumidores como "titulares imediatos das regras concorrenenciais"*. Assim sendo, qualquer exegese a ser efetuada dessas normas deve sempre privilegiar os interesses dos consumidores.

§ 6.2.3 Perspectiva de superação da controvérsia: uso justificado dos sinais distintivos de outrem

Respeitando o ensino de MÜLLER, segundo o qual, os métodos convencionais de interpretação devem ser aceitos, mas como auxiliares, a até aqui tratei de utilizá-los para analisar a legislação que concerne à publicidade comparativa.³²² A partir daí, entretanto, cabe dar lugar à principiologia.

O princípio do direito à informação, que envolve a autodeterminação do consumidor, a consideração da sua vulnerabilidade e, portanto, necessidade de defesa, impulsiona a interpretação para a admissão da publicidade comparativa, mesmo com a menção dos sinais distintivos de terceiros. O mesmo estímulo é dado pelo princípio da transparência, que se desdobra no da veracidade, da clareza, da precisão, da comprovação e da ampla informação.

Ainda que opostos os direitos da propriedade industrial, os mesmos podem ser vistos através do princípio da função social da propriedade, que envolve a da empresa e, então, regula a proteção à propriedade industrial. Da mesma forma, o princípio da proteção à livre iniciativa, que, enfim, não deve ser desviado dos efeitos pretendidos da economia, seja, o escopo assegurar existência digna a todos e justiça social. O princípio da livre e leal concorrência não oferta direção diversa, a se saber que visa também proteger o direito de escolha do consumidor na medida em que a competitividade induz a redução dos preços pelos vendedores. Assim considerado, também não há infração ao princípio da correção profissional.

Mas o princípio aqui é denominado de “princípio da finalidade” ou “princípio do uso justificado dos sinais distintivos de outrem” tem a dizer que o eventual sacrifício do direito de propriedade de um signo distintivo, sacrificio este que pode autorizá-lo a participar de anúncio publicitário de concorrente, *exige justificação suficiente*.

Como foi dito, não se trata, neste momento, de invocar o princípio da vedação à confusão, da vedação à denigração e da finalidade da comparação (vedação ao parasitismo). Caso eles sejam ofendidos, tal não decorre da simples divulgação dos sinais distintivos de outrem, mas do conteúdo da própria mensagem.

Ora, o princípio da finalidade constituirá válida a observação de LEONARDOS (1997), de que, para admitirmos a publicidade comparativa, deve, na mensagem

analizada, prevalecer o conteúdo informativo sobre as demais mensagens, “inclusive implícitas, de caráter emotivo ou deceptivo”.

§ 6.2.4 O caso da publicidade institucional comparativa

Por outro lado, não se vê como justificado o uso dos sinais distintivos de outros para promover publicidade institucional comparativa (quando a comparação dirigir-se diretamente ao concorrente e não a seus produtos ou serviços).

Por exemplo, no início de 2005 uma montadora de veículos justificou-se junto ao CONAR de anúncio comparativo, sem indicação da fonte de onde foram extraídos os dados, alegando que não houve comparação entre os produtos, *mas sim da qualidade como um todo das montadoras*. O Relator, entretanto, considerou que não havia nada no anúncio que justificasse a menção comparativa ao concorrente (Repr. nº 022/05, pub: 01/03/2005, CONAR).

A menção a que a comparação teria sido realizada com base na “qualidade como um todo das montadoras” leva a entender que o que se buscou não foi uma comparação de produtos, mas uma espécie de comparação institucional entre as empresas. Aliás, daí não se poderia extrair nem a finalidade de informação tampouco o critério de objetividade.

Já em outro caso, o uso da frase "É chefe, o cacique de hoje pode ser o índio de amanhã" foi considerado pela empresa Cacique como concorrência desleal e denegrimento de imagem, pela atitude de desdém e ironia. A anunciante argumentou que a promoção anunciada tinha *cunho institucional* da marca como um todo, não se referindo de modo específico ao produto Nescafé, hipoteticamente única marca da Cacique. Também alegou que a expressão era apenas um trocadilho, não se referindo à marca de terceiros, e que a Cacique não tinha o direito exclusivo sobre o uso dessa palavra. Os argumentos de defesa, neste caso, foram aceitos (Repr. nº 231/05, CONAR, pub. 01/10/2005).

§ 6.2.5 Finalidade da comparação

³²² Em outras palavras, os aspectos sintático e semântico.

O uso justificado também tem a ver com a finalidade da comparação e somente deve ser aceito quanto esta é isenta.

Como já dito, finalidade isenta é aquela em que prepondera o sentido informativo. Não significa que a finalidade se esgote na informação. Por certo todos que dão ensejo a esse tipo de publicidade, como à publicidade em geral, tencionam, de alguma forma, angariar clientela.

Pode-se promover a mensagem comparativa como defesa à outra realizada pelo concorrente. Essa postura pode se tornar discutível quando houver aproveitamento da campanha anteriormente formulada pelo competidor, quando poderá ser enquadrada como parasitária. Exemplo é o caso “Zeca Pagodinho”, que será visto adiante. Também pode ser o caso de resposta à nova estratégia de concorrente, ao lançar novo produto e tentar criar uma identificação. Tenta-se, então, ilicitamente, promover sua diluição.

Assim, por exemplo, quando foi divulgado o mote “Brahma, entre de cabeça no olé”, a Schincariol insurgiu-se, pois já teria utilizado o *slogan* “De cabeça no verão” e suas variações. No entender da relatora (Repr. 317/05), o uso da expressão “de cabeça”, além de ser passível de confusão, diluiria o impacto do slogan e da campanha desenvolvida e divulgada anteriormente.

Também outra situação similar foi o caso de campanha publicitária da Brasil Telecom com o mote “*Aqui você tem mais*”. A concorrente avaliou que isso colidiria com a assinatura das suas campanhas “*Claro que você tem mais*”. A defesa contrargumentou que a expressão “você tem mais” é de uso comum no meio publicitário, não havendo riscos de confusão por parte dos consumidores entre as duas campanhas por apresentarem formatos distintos. O Relator, no entanto, considerou que a assinatura utilizada pela Brasil Telecom *foi intencionalmente de resposta* à campanha da Claro, exercendo-se um aproveitamento indevido de sua formulação (Repr. nº 210/05, CONAR, 01/11/2005).

A finalidade poderia ser simplesmente de prejudicar o concorrente, caso em que configura concorrência desleal.

Segundo o CONAR, assim teria sido o caso no qual uma empresa de telefonia, através de uma tabela comparava valores de compra do aparelho e custo das ligações com outra companhia. O relator do recurso considerou que o anúncio, *ao invés de atrair consumidores para o anunciante, como deveria ser o fundamento da*

publicidade comparativa, jogava-os contra a concorrente, projetando uma imagem negativa (Repr. nº 207/04, CONAR).

É possível comparar com fins à imitação. Mas aqui não se trata da imitação de signos distintivos. Quanto à finalidade, a imitação, que significa reprodução disfarçada e não cópia, refere-se ao formato publicitário adotado pelo concorrente e suas expressões de publicidade. Para que se possa comparar por imitação, via de regra recorre-se à ironia, humor ou sátira. O risco é que essa modalidade leve à desorientação e confusão entre a clientela. E, basta o risco para que seja passível de repressão.

7 PUBLICIDADE COMPARATIVA E DIREITOS AUTORAIS

§ 7.1 Âmbito dos direitos autorais e comparação ³²³

É possível publicidade comparativa que venha ofender a direitos autorais (do autor e conexos)? A princípio pode-se pensar que a resposta é negativa, eis que a possibilidade da comparação reside justamente em se entender que o produto, serviço ou marca é de outro. Todavia, pode haver situação em que o anunciante, além de comparar-se com o concorrente, apropria-se de seu *slogan*.

Um exemplo hipotético seria a de peça publicitária na qual, após comparar taxas e juros, a instituição financeira finaliza afirmando “Vem para o Banco X você também!”, um conhecido *slogan* da Caixa Econômica Federal. Aliás, de fato, na Representação 108/92 o CONAR tratou do uso das expressões “Ah! Esse Bamerindus ...” e “Ah! Esse Banestado”. Repare que não somente pode ter ocorrido plágio, mas que ele é elemento da comparação. Embora as expressões idênticas ou similares não sejam o núcleo da comparação, elas, por assim dizer, “agem nos bastidores”, construindo eventual elo que venha a faltar. Assim não é de admirar que muitas vezes o plágio e a imitação tenham a ver com o parasitismo.

Cabe aqui anotar, ao menos, os elementos principais e as características do direito autoral. É o que vem a seguir.

³²³ Nos três capítulos seguintes (7, 8, e 9) tenciona-se apontar limites lícitos para a publicidade comparativa. Não se restringe à controvérsia doutrinária antes apontada. O tema é classificado de acordo com a tradicional separação do Direito em “ramos”. Cuida-se, assim, inicialmente e neste capítulo, do plágio, da imitação e da reprodução não autorizada, questões que se identificam com o Direito Autoral; o capítulo posterior seguirá para a falsidade, denigração, confusão, parasitismo e predação, mais concernentes ao Direito Concorrencial e da Propriedade Industrial; e ao final enfrentará a enganosidade, abusividade e dissimulação, agora já abrangendo a esfera do Direito do Consumidor. Pela teoria da linguagem poder-se-ia afirmar que este Capítulo cuida do viés *sintático*, seja, o domínio interno da oração onde cada elemento é uma unidade de sentido (CONDEMARÍN, 2005, p. 34-37); o capítulo seguinte envolveria a *semântica*, cujo foco é uma relação “de família” (WITTGENSTEIN, 1984, p. 39; COIMBRA, 2002, p. 145-151), abarcando, então, as relações entre os concorrentes; e, o último dos três capítulos cuidaria do campo *pragmático*, seja aquele que contém as opções de linguagem utilizadas nas interações sociais e as implicações dessas opções retóricas sobre as pessoas.

§ 7.2 Plágio

Plagiar é divulgar como seu trabalho intelectual alheio, seja integral ou parcialmente.

Para Carlos Alberto BITTAR (2003, p. 149/150.) plágio é "a imitação servil ou fraudulenta de obra alheia, mesmo quando dissimulada por artifício que, no entanto, não elide o intuito malicioso". No entanto, continua, "afasta-se do seu contexto o aproveitamento denominado remoto ou fluido, ou seja, de pequeno vulto". No plágio, diz, "a obra alheia é simplesmente apresentada pelo imitador como própria, ou sob graus diferentes de dissimulação. Há absorção de elementos fundamentais da estrutura da obra, atentando-se, pois contra a personalidade do autor (frustração da paternidade)". Em resumo: plágio é o "apoderamento ideal de todos ou de alguns elementos originais contidos na obra de outro autor, apresentando-os como próprios".

Note, de início, que não há proteção a idéias, mas de sua forma de expressão, seja o texto, os sons, os quadros, estátuas ou obras de arte, etc. O plágio pode ocorrer de qualquer elemento que fizer parte da composição da peça publicitária. Basta ver os inúmeros casos tratados pelo CONAR: trilha sonora (Repr. 060/98), formato do anúncio (Repr. 097/98), conceitos, apelos e estrutura da campanha (Repr. 114/98), estrutura gráfica (Repr. 200/98), da imagem do personagem (Repr. 103/98), da "assinatura" (Repr. 252/99), ritmo e ambientação (Repr. 063/99), foto, layout e slogan (Repr. 92/01), frase e adesivo (Repr. 3/00), tratamento cinematográfico (Repr. 97/02), foto, esquema de cores e diagramação (Repr. 245/01), roteiro, figurinos, cenário, recursos de filmagem e edição (Repr. 135/03).

Não pode, dessa forma, o concorrente utilizar-se da expressão "Dia do Corta Preço", já que outro era titular do enunciado "Corta Preço" e "Dia do Corta Preço" (Repr. 043/05), ou da mensagem "Quem Confia Garante: Dois Anos", diante do uso anterior do enunciado "Dois Anos de Garantia: Quem Confia Garante" (Repr. 204/92).

O plágio interessa tanto à empresa publicitária (agência) como ao anunciante. Assim, por exemplo, é possível ocorrer que o anunciante seja o mesmo, mas as agências publicitárias sejam diferentes e ainda assim permaneça o interesse. Foi o

caso, por exemplo, da Repr. 269/02, do CONAR, onde duas agências de um mesmo cliente discutiram o uso de conceito baseado na apresentação de velas de escunas.

§ 7.3 Imitação

Imitar não é o mesmo que reproduzir. Nesta ação está a identidade, naquela a semelhança, diz GAMA CERQUEIRA (1956, p. 63/67). A imitação, adianta, não necessita resumir-se ao texto, mas pode ser ideológica, ou seja, aquela forma que procura criar confusão com a marca a partir da idéia que ela evoca ou sugere ao consumidor. Imitar, enfim é a reprodução disfarçada da marca, “conservando-se o que ele tem de característico, malgrado diferenças mais ou menos sensíveis introduzidas pelo contrafator” (PEREIRA, 2001, p. 154).³²⁴

Em razão disso, pela apropriação do conceito publicitário, independente da inexistência de concorrência entre os produtos, o uso da expressão “Ford Fiesta completamente completo” foi obstado diante de outra, “Bradesco completo” (Repr. 265/05), ainda que houvesse brutal diferença entre os produtos (um banco e um carro). Também assim a expressão “A festa está na sua mão” face aos temas “Tá na sua mão”, “Agitação tá na sua mão”, “Verão tá na sua mão” e “Diversão tá na sua mão” (Repr. 217/05).

Mas certas expressões ou procedimentos publicitários, de fato, têm as mesmas características que uma obra sob domínio público ou pertencem a um rol de expressões comuns. Exemplificando. Concorrente insurgiu-se contra a campanha publicitária intitulada "Você paga menos e o Eldorado banca", já que teria havido imitação do conceito usado por ele há muitos anos, que foi objeto, aliás, de escritura pública declaratória, sob a denominação de "Compromisso Público Carrefour. O menor preço ou a diferença de volta". No entanto, avaliou o Relator que a campanha denunciada seria honesta e verdadeira e por oferecer preços mais baixos não estaria praticando concorrência desleal, *mas beneficiando o consumidor*. Além disso, afirmou, uma oferta não é um conceito publicitário e a expressão "Satisfação garantida ou o seu dinheiro de volta" é comum (Repr. 069/90).

³²⁴ Note, por analogia, o que diz Carlos OLAVO (1997, p. 162) a respeito de imitação de marca: “Para haver imitação, a marca deve ter tal semelhança gráfica, figurativa ou fonética com outra já registrada que induza facilmente em erro ou confusão o consumidor, não podendo este distinguir as duas senão depois de exame atento ou confronto”.

§ 7.4 Reprodução não autorizada

Já na **reprodução não autorizada** não se plagia nem se imita, apenas o texto é levado a público sem o consentimento do titular dos direitos. Mas se da reprodução não autorizada não segue necessariamente o plágio e a imitação, destes últimos, uma vez provados, segue necessariamente a ausência de permissão.

Eis um exemplo. No início do ano de 2002, um cartunista pleiteou judicialmente indenização por danos materiais e morais face à alegada usurpação de sua criação. Disse que Bolada, seu personagem de desenho, havia sido veiculado em campanha publicitária da Kaiser na Copa do Mundo de 1986, e foi por esta “humanizado” e lançado a partir de 1987 como “o Baixinho da Kaiser” em longa e conhecida campanha publicitária. A Kaiser, por sua vez, disse que a escolha do ator que representou o “Baixinho” foi fortuita, não ocorrendo a humanização sugerida. A sentença, prolatada em dezembro de 2005,³²⁵ concluiu pela prescrição quanto aos danos ao direito moral. Embora os direitos patrimoniais, não estivessem todos prescritos, não se convenceu o magistrado de que tivesse ocorrido a referida “humanização” do personagem, isso porque que o laudo oficial produzido teria indicado fortes divergências entre a personagem abstrata e sua pretensa humanização. Sob a denominação de “humanização” discutem-se no caso a existência do que aqui foi mencionado: plágio, imitação e veiculação não autorizada.

A reprodução de determinados conceitos publicitários pode não afetar somente os direitos autorais, mas provocar também a *confusão* entre os sinais distintivos, a atividade e bens. E pode levar, igualmente, à denigração, desde que o plágio ocorra, por exemplo, aliado à ironia e à crítica. Em outras situações, pelo aproveitamento do prestígio, caracterizará o parasitismo.

Nesse sentido, para Marco Antonio Marcondes PEREIRA (2001, p. 39), “a publicidade enquanto ‘obra complexa’ representa um feixe de direitos protegíveis pelo direito autoral, mas enquanto pura mensagem comercial de produtos ou serviços do anunciante, com contornos singelos da abordagem da massa consumidora, tem proteção nas regras de concorrência desleal, as quais podem atingir qualquer pessoa

que tenha agido em desconformidade com a boa-fé ou correção profissional". Noutras palavras, acrescenta, "o mínimo que se confere à publicidade comercial contra a imitação é a representação pela concorrência desleal".

Assim, quando foi denunciada peça publicitária da linha de calçados denominada "Coca-Line", na qual além da expressão, a logotopia e até mesmo o *jingle* era semelhante aos da Coca-Cola, o Relator do CONAR concluiu tratar-se, além de plágio grosseiro, de audácia e falta de sutileza na utilização de uma marca tradicional. Acrescentou, ainda, que (i) tudo indicava a tentativa de aproveitar o prestígio da marca, (ii) não se poderia alegar imitação criativa, pois não contava com a autorização do titular e (iii) causava confusão (Repr. 048/80).

§ 7.5 Anterioridade, originalidade e “artifício criativo”

Mas não é tão simples a detecção do plágio ou da imitação. Parta-se, aliás, do princípio que não se é possível desenvolver idéias sem buscar no substrato cultural elementos para criá-las e refiná-las. PERISSÉ (2003, p. 73-88), por exemplo, afirma que a arte de ser original consiste na capacidade de repetir o que alguém já disse, mas de fazê-lo de uma forma inédita – nas suas palavras, o “plágio criativo”. Aliás, ARISTÓTELES (1987, p. 203) já alertava: “o imitar é congênito no homem (e nisso difere dos outros viventes, pois, de todos, é ele o mais imitador, e, por imitação, aprende as primeiras noções), e os homens se comprazem no imitado”.

É aqui que entram em jogo os requisitos da anterioridade e da originalidade. É o registro da obra que faz presumir a **anterioridade**. Mas isto não elimina a possibilidade de prova por outros meios. Daí que o registro tem valor meramente declaratório. Considere-se que a anterioridade impede a novidade, mas não a originalidade. Porém, em não havendo o registro da expressão de publicidade será preciso investigar se a constância da divulgação da expressão criou íntimo relacionamento com o produto ou com a agência.

Por tais razões, provavelmente, é que na Representação 248/05 o CONAR rejeitou argüição de anterioridade de apenas três dias, ao argumento de que seria impossível, nesse prazo, a produção da peça publicitária discutida.

³²⁵ Autos 583.02.2002.001112-0, 4^a. Vara Cível de São Paulo.

A **originalidade** é verificada pela transcrição do processo criativo, que resulta na distinção da obra em relação às demais. Mas tem múltiplos significados.³²⁶ Como *simples novidade*, exige-se apenas que se diferencie das concepções já existentes. Porém, a criação anterior não tira a originalidade da posterior, desde que não tenha havido indevida apropriação de material da primeira pela segunda criação. Além disso, a recriação independente de uma obra objetivamente já existente faz jus à proteção autoral. Considerada pela *via subjetiva*, será suficiente que resulte de criação independente, ou seja, de elaboração autônoma. Mas nem tudo que é subjetivamente original é protegido, já que não é plágio a criação que se aproxima de outra porque as formas alternativas de expressão são limitadas (ver, por exemplo, o artigo 6º, III da Lei 9.609/1998).

Outra forma de ver a originalidade consiste em verificar a *existência mínima de um conteúdo de doação pessoal*, “que faça de um trabalho uma obra do espírito e não simplesmente o resultado do tempo e do suor despendido”.

Por fim, um último requisito ou modo de ver a originalidade é pela *distinguibilidade*, isto é, que tenha fisionomia própria, que possa ser apropriada, já que não está imersa no domínio comum. A distinguibilidade, por sua vez, é operada entre obras do mesmo gênero, isto é, uma limitação do campo para apuração da confundibilidade. Não obstante, pode haver a originalidade relativa, porque mesmo quando original, uma obra pode ser dependente de outra que lhe é anterior - como ocorre nas traduções. Assim, “é distintivo, subjetivamente considerado, o sinal ou expressão suficientemente característico para ser ficado na memória do público, ou seja, que tenha o mínimo de cunho próprio que o torne potencialmente capaz de exercer suas funções: a propaganda deve ser ‘característica’”. E “é distintivo, objetivamente considerado, o que se distingue dos outros signos já apropriados por terceiros, ou mais precisamente, o que pode ser apropriado pelo titular, sem infringir direito de terceiros”. Por outro lado, não se pode ter como distinto, a expressão que pertença ao domínio comum, sem que a criação estética lhe dê alguma forma de “estranhamento, uma configuração especial que confira ao complexo significativo, um mínimo de distinguibilidade em face do universo semiológico de domínio comum” (BARBOSA, 2003).

³²⁶ Mais poderá se ver em BARBOSA (2003), de onde provêm as anotações deste tópico acerca do critério da originalidade.

Partindo de tais parâmetros, Denis Borges BARBOSA chega à conclusão que “o objeto da proteção seja não só novo, ou seja, não contido no estado da arte, mas também distintivo em face desta, em grau de distinção comparável ao ato inventivo dos modelos de utilidade”. Mas, na verdade, “a comparação objetiva entre uma obra anterior e uma posterior que poderá ferir a originalidade da segunda; somente uma análise minuciosa do processo criativo poderá chegar a tal conclusão”.³²⁷

Eis um caso paradigma. Em 1990 a empresa Lee promoveu vários anúncios intitulados "Louco por Lee", divulgados em todas as mídias, de tal forma “que se estabeleceu um vínculo entre a figura do ‘louco’ e o produto Lee”. Em consequência, a utilização desse mesmo "louco" por fabricante de outro produto, sob o mote "Louco por Darling", com menções, até mesmo ao passado do personagem, pareceu à Lee infração, recorrendo ao CONAR. Para resolver o caso, o Relator baseou-se em Carlos Alberto BITTAR, segundo o qual, reafirmando os conceitos aqui assinalados, a originalidade pode apresentar "caráter relativo, não se exigindo, pois, novidade absoluta, eis que inexorável é, de um ou de outro modo, o aproveitamento até inconsciente do acervo cultural comum". A partir disso concluiu que em “seu conjunto, a sua combinação, o produto final, intitulado "louco por Lee" reveste-se da originalidade relativa” e que ”indubitavelmente, é a peça denunciada uma imitação da denunciante”, ainda que sem haver denigração do produto "Lee" e nem “fazendo-lhe concorrência desleal” (Repr. 105/90).

O CBAP, todavia, ressalva os casos em que a imitação é comprovadamente um deliberado e evidente uso de **artifício criativo**.

Essa alegação – artifício criativo – é mais comumente utilizada como defesa em denúncias de plágio (Repr. 108/92, 147/03, 135/03, 60/03, 072/99, 208/99, 201/99), e raramente acatada. Na Representação 048/80 o "deliberado artifício criativo" é tido como “uma homenagem à força criativa original ou à sua aceitação popular”. Na mesma representação afirma-se que, “normalmente, nesses casos, a ‘imitação’ é submetida com antecedência ao detentor da idéia e somente aproveitada mediante sua anuênciam.” No caso o Relator exemplificou citando um clássico anúncio Volkswagen cujo título "Use e abuse" fazia parte do *slogan* do produto Matte Leão. Afirmou que, “no entanto para isso a Volkswagen solicitou e obteve permissão da empresa Leão Jr. que a concedeu gostosamente, pois o uso pela Volks consagrava definitivamente um dos tradicionais pontos-de-venda de seu produto”. Em outro caso

³²⁷ Trata-se, aqui, de apresentar indícios mínimos.

(Repr. 201/99) a Volkswagen protestou contra filmes da General Motors em que um ator trajado como técnico cantava canções populares brasileiras em alemão, divulgando o fato de o Corsa ter atingido a condição de carro mais vendido do mundo. A solução dada pelo CONAR foi de reconhecer a universalidade do apelo à tecnologia alemã a todos os produtos criados e produzidos naquele país e do freqüente uso do idioma estrangeiro como artifício criativo.

Por vezes o “artifício criativo” traduz-se pelo uso da *paródia*. Tanto o é que na Representação 063/99 o Relator não reconheceu os argumentos da defesa frente à acusação de plágio, justamente porque não viu “elemento novo, de paródia ou qualquer outro que permita apontar o elemento de criação, que apenas teria se apoiado na idéia original”. A paródia é uma distorção do texto e do sentido originais, mas uma distorção exagerada que faz com que a vinculação ao original resulte bem marcada. Para que ocorra a paródia, evidentemente, é necessária a semelhança e pontos de crítica ou de ironia (Repr. 211/01).

Mas em algumas ocasiões a paródia redunda em escárnio ou zombaria. Quando um jovem vai abrir uma lata de guaraná Kuat (Repr. 46/00) surge um gênio bastante parecido com um de comercial do Guaraná Antarctica. O jovem, então, se recusa a fazer qualquer pedido ao gênio e avisa: "Ih! O cara do outro comercial. Não vou pedir nada, não. Você entende tudo errado". Mais adiante, diz: "Ai... que gênio mais bundão". E o gênio responde: "Alemão? Mas... eu sou árabe". Entra *lettering*:³²⁸ "Pedir direito é pedir o que você quer". Aqui ocorreu a denigração concomitante com a utilização de uma criação do concorrente.

§ 7.6 Princípios incidentes

No que concerne aos direitos autorais, a regra geral consta dos artigos 27 e 28 da LDA.³²⁹ Ou seja, a proteção do exclusivo e a necessidade de autorização. Mas a essas normas afluem alguns princípios a serem balanceados:

³²⁸ Lettering é o texto que geralmente pode ser visto na parte inferior do vídeo, explicando e esmiuçando as condições da oferta ou promoção.

³²⁹ Art. 28 da LDA (Lei 9610/1998). “Cabe ao autor o direito exclusivo de utilizar, fruir e dispor da obra literária, artística ou científica”. Art. 29: “Depende de autorização prévia e expressa do autor a utilização da obra, por quaisquer modalidades, tais como (...”).

- a) da livre iniciativa: que autoriza a publicidade e seus meios (licença publicitária);
- b) do direito à informação, da transparência e da vedação à confusão: que protegem o consumidor e os demais operadores do mercado;
- c) da função social da propriedade: que ao mesmo tempo protege os direitos autorais (monopólio jurídico), mas os direciona à coletividade, excluindo os bens do domínio público (acesso aos bens culturais e direito de participar do progresso científico e dos benefícios que dele resultem);
- d) da livre e leal concorrência, da correção profissional e da vedação à denigração: que reduzem o universo dos meios à disposição do operador publicitário a aqueles aceitos pela coletividade;
- e) da prestação: que impede o usufruto injustificado de labor alheio.

Livre iniciativa e direito à informação: essa é uma das tensões cuja resolução cabe à principiologia diante do caso concreto. Ela configura-se em (i) preservar a licença publicitária pela via do princípio da livre iniciativa e, ao mesmo tempo, (ii) considerar que, para que a comparação seja aceita, há de se exigir, na mensagem, um núcleo informativo objetivo e útil. Assim se satisfará o que aqui se denomina de “princípio da finalidade” ou “do uso justificado dos sinais distintivos de outrem”.³³⁰

A partir disso, a solução dos casos que envolvem a publicidade comparativa no âmbito dos direitos autorais, deverá considerar:

- a) a preservação de um patrimônio comum publicitário (o seu “domínio público”) concernente às expressões regularmente utilizadas;
- b) a aceitação do uso de “artifícios criativos”, dentro os quais a paródia, ainda que impliquem referência indireta a expressões e sinais publicitários de terceiros.

³³⁰ Ver § 5.4.5.1.

8 PUBLICIDADE COMPARATIVA E CONCORRÊNCIA

À semelhança da concorrência, é também pertinente o termo “publicidade desleal” quando em situações de falsidade, confusão, denigração, parasitismo e predação.³³¹ Tanto o é que todas essas circunstâncias podem caracterizar o crime de concorrência desleal (item I do artigo 195 da Lei n. 9279/96).³³²

Poder-se-ia afirmar, então, que este capítulo trata da “publicidade comparativa desleal”. Aliás, é bem nesse sentido o artigo 6º da Lei Geral de Publicidade espanhola define publicidade desleal³³³ como sendo (i) aquela que por seu conteúdo, forma de apresentação ou difusão, provoque descrédito, denigração ou menosprezo direto ou indireto de uma pessoa ou empresa, de seus produtos, serviços, atividades ou circunstâncias ou de suas marcas, nomes comerciais e outros signos distintivos; e (ii) a que induzir confusão com as empresas, atividades, produtos, nomes, marcas e outros signos distintivos dos competidores, assim como a que faça uso injustificado

³³¹ A nomenclatura “parasitismo” e, a agora atribuída, “predação”, sofrem da importação direta da biologia. Isso faz designar a atuação em um ambiente “natural”, o que não é correto nem verdadeiro. No entanto, a doutrina já consolidou o termo parasitismo. Deveria, então, ser da mesma ordem outro a ser inserido. Substituição dos termos e sua justificação importariam em um longo desvio na rota do estudo.

³³² Repare que também o CBAP traz essas menções. Assim: § 2º do artigo 27: “o anúncio não deverá conter informações de texto que, por ambigüidade, leve o Consumidor a engano quanto ao produto anunciado, quanto ao anunciante ou seus concorrentes”. Artigo 32: “Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: (...) e. não se estabeleça confusão entre produtos e marcas concorrentes; f. não se caracterize concorrência desleal, denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa; g. não se utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros; (...).” Artigo 41. “Este Código protege a criatividade e a originalidade e condena o anúncio que tenha por base o plágio ou imitação, ressalvados os casos em que a imitação é comprovadamente um deliberado e evidente artifício criativo”. Artigo 42. “Será igualmente condenado o anúncio que configure uma confusão proposital com qualquer peça de criação anterior”.

³³³ “6. Es publicidad desleal: a) La que por su contenido, forma de presentación o difusión provoca el descrédito, denigración o menosprecio directo o indirecto de una persona o empresa, de sus productos, servicios, actividades o circunstancias o de sus marcas, nombres comerciales u otros signos distintivos. b) La que induce a confusión con las empresas, actividades, productos, nombres, marcas u otros signos distintivos de los competidores, así como la que haga uso injustificado de la denominación, siglas, marcas o distintivos de otras empresas o instituciones, o de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas de otros productos competidores y, en general, la que sea contraria a las exigencias de la buena fe y a las normas de corrección y buenos usos mercantiles” [É publicidade desleal: a) a que por seu conteúdo, forma de apresentação ou difusão provoca o descrédito, denigração ou menosprezo direto ou indireto de uma pessoa ou empresa, de seus produtos, serviços, atividades ou situações, ou de suas marcas, nomes comerciais, outros signos distintivos, b) a que induz confusão com as empresas, atividades, produtos, nomes, marcas ou outros sinais distintivos dos concorrentes, assim como a que faça uso injustificado da denominação. siglas, marcas ou logotipos de outras empresas ou instituições, ou das denominações de origem ou

das denominações de origem ou indicações geográficas de outros produtos competidores e, em geral, a que seja contrária às exigências da boa-fé e das normas de correção e bom uso mercantil.³³⁴

indicações geográficas de outros produtos concorrentes e, em geral, a que contraria as exigências da boa fé e as normas de correção e bons usos mercantis.].

³³⁴ Considere que a falsidade, a denigração e a confusão podem ser tomadas como técnicas retóricas - ou, mais propriamente, erísticas: trata-se de ganhar a disputa *per fas et per nefas*. O parasitismo e a predação, entretanto, mais se assemelham a comportamentos que podem ou não comportar tais técnicas. A doutrina, todavia, não faz tal diferenciação, tratando todos como se de mesmo grau e família fossem. Para ARISTÓTELES a *retórica* é a arte da persuasão, mas adstrita ao teor dos argumentos, já que a persuasão envolve também a pessoa do orador e os fatos de que ele fala. Teria a finalidade de “*docere* (ensinar, informar), *mouere* (mover emoções e sentimentos) e *delectare* (manter viva a atenção do auditório, encantando e seduzindo)” (CARVALHO, 2005, p. 107). Existiriam ainda duas técnicas, a *sofística* e a *erística*, como caricaturas da retórica e da dialética. A sofística trata de fazer o repertório das falácia lógicas (não considera argumentos válidos), mas sem levar os aspectos psicológicos. A *erística*, por fim, “é a arte de discutir, mais precisamente, a arte de discutir de modo a vencer, e isto *per fas et per nefas* (por meios lícitos ou ilícitos)”. Difere da sofística porque aceita quaisquer argumentos, válidos, inválidos, psicológicos, desde que úteis à causa (Olavo de CARVALHO apud SCHOPENHAUER, 1997, p. 95).

8.1 FALSIDADE

§ 8.1.1 Falsidade e suas relações

Qualquer mensagem publicitária, comparativa ou não, não pode ser admitida se seu conteúdo for falso (SCHMIDT, 2001, p. 4). Essa é a regra geral: mas é preciso delimitar o que seja “falso” em Publicidade.

É muito provável que grande parte das mensagens publicitárias sejam “falsas”, no sentido estrito de que convivem com a fantasia e o exagero. Então se deve dizer que a mensagem é falsa quando o seu núcleo essencial objetivo anuncia algo que não corresponde com os dados da realidade.

O princípio da veracidade não obriga o anunciante a falar toda a verdade sobre o seu produto ou serviço, podendo, a princípio, omitir os seus eventuais pontos negativos. Deve, não obstante, ater-se ao que é essencial, pena de omissão (SCHMIDT, 2001, p. 4-5).

A falsidade não tem ligação necessária com a denigração: mesmo atributos elogiosos podem ser falsos.

Falsidade também não é o mesmo que enganosidade.³³⁵ Esta tem a ver com a absorção da mensagem pelo consumidor. Em razão disso, para que a publicidade seja sancionada, diz Fábio U. COELHO (2003b, p. 323-324), “é necessário que os dados falsos tenham efetivo potencial de indução dos consumidores em erro”. Porém, na publicidade comparativa falsa, um elemento não essencial para a escolha do consumidor (e, por isso, não leva à enganosidade), pode ser importante ao concorrente na elaboração, por exemplo, de sua imagem institucional.³³⁶

Na publicidade comparativa a falsidade pode decorrer tanto dos dados como da comparação em si. A veracidade, que não se deve confundir com a correção da comparação, “deve dizer respeito tanto às qualidades dos produtos ou serviços do anunciante, como dos produtos ou serviços do competidor” (PEREIRA, 2001, p. 106).

³³⁵ “A informação enganosa é gênero, enquanto a informação falsa é uma espécie dela, podendo o fato descrito na peça publicitária ser verdadeiro e ainda assim restar configurada a publicidade enganosa” (PEREIRA, 2001, p. 110). Ver também: “A publicidade é, em grande medida, fantasiosa e visa mobilizar emoções dos espectadores. Há sempre algo de falso em qualquer anúncio publicitário” (COELHO, 2003b, p. 332).

³³⁶ Mas, evidentemente, também a enganosidade interessa aos concorrentes. Ver § 9.1.

No entanto, quanto aos efeitos, a incorreção na comparação (apesar de verdadeiros os dados), como a não objetividade, a insuficiência e a não comprobabilidade devem ser entendidos como falsidade (quanto ao concorrente) e enganosidade (quanto ao consumidor e concorrente) e punidos como tal.³³⁷

De modo geral, os princípios aqui envolvidos são os do direito à informação, da livre e leal concorrência, da proteção à propriedade industrial, da boa-fé, da correção profissional, da transparência (da veracidade, da clareza, da precisão, da comprovação, da ampla informação), da objetividade da comparação, da fundamentação, da pertinência, como da vedação à confusão e da vedação à denigração.

§ 8.1.2 Casuística

§ 8.1.2.1 Adjetivos exagerados normalmente não pertinem à verdade, mas à persuasão.

A publicidade hiperbólica (laudatória ou *puffing*) vale-se de elogios exagerados, com expressões tais como “é o melhor”, “o mais barato”, “o único”, “o mais eficiente”, “o superior”.³³⁸

PASQUALOTTO (1997, p. 97-98) observa que nos Estados Unidos, adjetivos como “*good*”, “*wonderful*” e “*popular*” são considerados conversa de vendedor (persuasivos), ao passo que, no entanto, expressões como “*fine*”, “*the best*” e “*first class*” impõem uma correspondência com qualidade acima da média, a qual mereceria prova.

³³⁷ Resumindo: (i) tanto a falsidade como a enganosidade são sancionadas; (ii) quanto ao consumidor, a falsidade é subsumida pela enganosidade, bastando esta; (iii) quanto ao concorrente, lhe ofende tanto o falso (por exemplo, um elemento do anúncio não essencial ao consumidor) quanto o enganoso; (iv) a falsidade pode ocorrer quanto aos dados apresentados (dados falsos) como quanto da comparação em si (comparação não efetivada, dados não coletados ou não correspondentes); (v) mas falsidade não tem a ver com a correção da comparação (que somente pode ser, a partir do cálculo com os dados coletados ou sua pertinência, suficiência e qualidade, correta ou incorreta, mas não falsa); (vi) mas quanto aos efeitos jurídicos, a incorreção da comparação (apesar de verdadeiros os dados), deve ser entendida nos mesmos termos da falsidade (e punida, quanto ao consumidor como enganosidade e quanto ao concorrente como falsidade ou enganosidade).

³³⁸ Esses elogios e expressões exageradas, que o comerciante realiza para conquistar reputação para os seus negócios, não são atos de concorrência desleal, diz Rubens REQUIÃO.

Assim, afirmações do tipo "cobre melhor", "a marca de tinta mais vendida", são de caráter genérico, persuasivo e podem ser aceitas (Repr. 112/02).

Mas não é o caso se tais adjetivos vinculam-se a dados concretos que indicam situação radicalmente contrária.

Pela via principiológica vê-se a tensão, a se resolver perante o caso concreto, entre o princípio da livre iniciativa (que autoriza a licença publicitária) e, de outro, os princípios da transparência, boa-fé, da informação, da correção profissional e da objetividade, fundamentação e pertinência da comparação.

Aos exemplos.

Foi o caso entre empresas de telefonia, uma delas se dizendo ter as melhores tarifas. Instado por concorrente, o CONAR considerou que, se sete em doze tarifas entre as empresas são idênticas, afirmar ter as melhores tarifas seria exagero (Repr. nº 285/05, CONAR).

Em outra situação o CONAR teve a frente caso em que uma empresa se dizia líder do mercado além de ter ultrapassado em qualidade todos os concorrentes. Todavia, a pesquisa demonstrava que ela, de fato, havia vencido em apenas em uma das dezoito categorias pesquisadas e que a pesquisa, além disso, era voltada para mercado externo. O relator salientou a "falta de honestidade e verdade" do anúncio (Repr. nº 289/04, CONAR).

§ 8.1.2.2 A supremacia absoluta deve ser comprovada

As frases "que outra marca tem, por exemplo, uma tinta que não respinga, desenvolvida especialmente para pintar tetos?" e "a melhor tinta do Brasil", por serem excludentes e formular um superlativo absoluto devem ser comprovadas. Nesse caso se faz comparação, não com um, mas com todos os demais produtos concorrentes. Porque o consumidor entenderá que a tinta anunciada é o melhor produto do mercado, o fato deve ficar cabalmente provado (Repr. 112/02).

O mesmo ocorre quando o anunciante alega ser "o número 1" ou "o líder": a supremacia alegada deve ser devidamente comprovada (Reprs. 075/98 e 185/99).

Da mesma forma, apregoar que "finalmente surgiu um produto diferente" só é possível desde que não haja concorrente com iguais características (Repr. 171/97).

A principiologia aqui então age em prol da objetividade da comparação, bem como da correção profissional, da livre e leal concorrência e de evitar a confusão.

§ 8.1.2.3

A comprovação deve ser objetiva e certificada

Para início diga-se, além do que indicam os princípios da objetividade da comparação e da fundamentação, que “a afirmação desacompanhada de lastro faz com que a publicidade fira o princípio da veracidade” (SCHMIDT, 2001, p. 6).

O subjetivismo decorre, por exemplo, de teste de degustação cego ambientado em supermercado, na qual uma atriz escolhe uma marca e rejeita outra (Repr. 213/98).

Por outro lado, é regular anúncio que comprova suas afirmações através de “respeitável literatura científica” (Repr. 172/99).

Da mesma forma, não é irregular anúncio de loja de eletrodomésticos que se vale de pesquisa do Procon, ainda que mencione diretamente o *slogan* do concorrente. Eis os termos: (“quer pagar quanto”) e “faça como o Procon. Pesquise antes no Ponto Frio” (Repr. 326/03). Tampouco é irregular anúncio comparativo a partir de dados compilados de fontes variadas (Institutos Price, Datafolha, Estudos Marplan e IVC), uma vez que “as fontes de informação são distintas e da mais alta capacidade” (Repr. 076/89).

Mas a comparação deve ser apresentada como tal ou pode ser, por exemplo, recriada através de teatralização? O CONAR aceitou peça que apresentava o resultado como decorrente de pesquisa realizada ao vivo junto a consumidores, mas que, de fato, tinha suporte em pesquisa científica (Repr. 234/99).

§ 8.1.2.4 A fonte deve constar no corpo do anúncio

Os julgados do CONAR tendem a orientar “no sentido de que qualquer vantagem ou primazia de um produto em relação ao da concorrência deva ser comprovada e, se apoiada em pesquisas ou estatística, a fonte e a metodologia adotadas necessariamente constarão do corpo do anúncio” (Repr. 181/97, 232/97,

233/97, 234/97). Apoia-se, então, o CONAR, no princípio da transparência, que envolve o da comprovação.

Assim, "para ser apregoada em anúncio, a liderança entre produtos deve revelar a fonte e os métodos de pesquisas que permitiram a avaliação" (Repr. 235/97, 237/97 e 035/98).

§ 8.1.2.5 A supremacia absoluta deve ser bem delimitada

Por exemplo, a expressão “é melhor”, que é superlativo absoluto, leva a comparação não para o produto, mas para toda a categoria (Repr. 145/98). Também de tal modo com relação à liderança, restringindo-a ao segmento do mercado e à característica do produto (Repr. 176/00). Assim, necessário não é somente a comprovação, mas a delimitação. Lado a lado aqui, então, os princípios da transparência e da livre e leal concorrência.

Dessa forma, "anúncio que apregoar, dizendo-se apoiado em teste, as características de um detergente em relação aos demais existentes no mercado, deve esclarecer o consumidor em que condições esse exame foi produzido, quais tipos de tecidos utilizados, a natureza das manchas e quem o realizou" (Repr. 070/98).

Igualmente, se compara automóveis quanto ao "custo de manutenção em 30.000 km", "consumo à velocidade de 80 km", "capacidade do porta-malas" e "distância de frenagem a 80 km/h", com base em dados de revistas especializadas, todos esses itens e não somente alguns merecem comprovação (Repr. 013/79).

Se for afirmado "você não precisa ser puro, sua vodka, sim. Smirnoff. 3 vezes destilada, 10 vezes filtrada. Radicalmente pura" e o atestado do laboratório especializado o demonstra, o produto terá o direito de usar a assinatura de superioridade (Repr. nº 5/05).

Assim, quando se diz que é “a melhor lâmina de barbear do mundo”, essa qualidade superior deve ser provada, relacionada a um dado essencial e ser indicada a forma de certificação dos dados, já que assim seria possível demonstrar sua veracidade (DOMINGUES, 1984, p. 117).

Porém, se a operadora telefônica afirma ter a maior cobertura do Estado, delimitando, então, a área geográfica a que se refere, sem que seja necessário associá-la à tecnologia, o anúncio é regular (Repr. 236/05).

§ 8.1.2.6 Pesquisa interna pode ser aceita, mas a análise deve ser mais rigorosa

Se o anunciante afirma que o seu produto limpa, desinfeta, desodoriza e acaba com o mofo entre os azulejos em face de “revolucionária tecnologia americana” e, assim, “vale por todos na limpeza do banheiro”, deve comprovar esse atributo unificador. Entretanto, isso não se cumpre através de pesquisa encomendada por ele próprio e levada a efeito junto a donas de casa, que não teria valor científico (Repr. 058/89).

Porém, parece mais condizente que “o fato de se tratar de uma pesquisa interna não a condena”. O que ocorre é que “seu uso passe por critérios técnicos e éticos os mais rigorosos, por não ter um aval externo e imparcial” (Repr. 127/02). Isso em prol do princípio da correção profissional, aliado ao da transparência e da objetividade da comparação.

§ 8.1.2.7 Não se pode comparar o incomparável

Em todo caso, não se pode comparar o que não é comparável. Nesse entendimento, “para ilustrar evolução dos serviços de um estabelecimento bancário, o anúncio não pode apontar o rádio FM como um passo à frente do rádio AM” (Repr. 031/98).

Evidente, porque falta o atributo da pertinência, o que faz atentar contra o princípio da objetividade da comparação.

§ 8.1.2.8 Ausência de fundamentação

Por exemplo, em disputa entre empresas que operavam com Internet banda larga, uma delas dizia possuir “a Internet banda larga mais rápida do Brasil”. Para o

Relator do CONAR, entretanto, o anúncio até poderia conter informações verídicas, mas a ausência de argumentação nas peças não colaborava para a correta percepção da mensagem. Seu voto foi pela alteração dos anúncios, inserindo explicações que sustentassem a afirmação do mote (Repr. nº 291/05, CONAR).

De outra forma, poderia o Relator ter dito que, ao agir assim, o anunciante estaria violando o princípio da fundamentação da comparação.

8.2 DENIGRAÇÃO

§ 8.2.1 Conceito de denigração

São denigratórios³³⁹ todos os atos que influenciam negativamente na reputação de um operador comercial, desacreditando seu nome, seu produto ou sua indústria.

Se, como já foi citado, na denigração a intensidade da agressão é mais forte do que a publicidade comparativa (DUVAL, 1976, p. 144),³⁴⁰ esse tipo de conduta somente emerge quando os limites desta são excedidos (PEREIRA, 2001, p. 115).

Disso se extrai que a publicidade comparativa, por si só, não leva a denigração. Mas torna-se denigratória na medida em que seu conteúdo desvia-se da indicação verdadeira, objetiva e direta das qualidades do produto ou serviço anunciado (o que inclui o preço) para apontar defeitos ou qualquer outra má-qualidade do concorrente, seu produto, serviço ou mesmo a estratégia publicitária, sejam tais dados verdadeiros ou não. Também são subvertidas as funções da publicidade quando ela deixa de ser usada para informar as propriedades eficazes do produto anunciado e passa a indicar as falhas ou defeitos do produto concorrente – quando, enfim, vier a ofender o princípio da finalidade e do uso justificado dos sinais de outrem.

Em todo caso, a insinuação pejorativa ou tendenciosa, para ser denigratória, deverá ter intensidade suficiente para provocar o descrédito frente à clientela.

Assim, apesar de opiniões doutrinárias conflitantes, prefere-se entender que o verdadeiro, afirmado de forma objetiva e direta, não exagerado, que apregoa as qualidades do anunciante, seu produto, serviço, ou estratégia publicitária, não conduz à denigração: o verdadeiro é o que é, é notícia, é informação. Por outro lado, o falso, desde que não elogioso, sempre irá denegrir.³⁴¹

Quanto à possibilidade da denigração ocorrer por via de afirmações verídicas, isto é, de considerar concorrência desleal o fato de determinado empresário atribuir aos produtos de um concorrente defeitos que estes efetivamente padeçam, Carlos

³³⁹ Ou denegritórios. Já se explicou ao início porque se opta pelo primeiro vocábulo, mas sem exclusão da outra forma.

³⁴⁰ Frise-se, no entanto, como se viu em § 6.2.1, que alguns doutrinadores entendem haver denigração mesmo que a comparação seja verdadeira.

³⁴¹ Veja, quanto ao falso, as condições apontadas anteriormente, que envolvem objetividade, delimitação, etc.

OLAVO (1997, p. 165) é enfático: “é que a repressão da concorrência desleal visa regular o funcionamento do mercado. Ora, aquele tipo de alusões, quando verídicas, ainda que venham prejudicar um dado concorrente, beneficiam o regular funcionamento do mercado, e nessa medida, não são censuráveis”.

Como afirma Joachim MARCUS-STEIFF (1974, p. 25), “toda venda é necessariamente feita em detrimento de outras vendas. Até mesmo as compras a crédito são efetuadas em detrimento de compras futuras, pois será preciso reembolsar. A não ser que admitamos um efeito do conjunto dos gastos publicitários, todas as marcas e todos os produtos juntos, sobre o conjunto das rendas – efeito cuja existência jamais foi estabelecida – a publicidade só pode modificar, em detrimento dos concorrentes, a parte do mercado controlada por esta ou aquela empresa”.

Concorrem para a detecção e censura da denigração os princípios da proteção à propriedade industrial, da livre e leal concorrência, da boa-fé, da correção profissional, da vedação à denigração e da finalidade.

§ 8.2.2 Casuística

§ 8.2.2.1 Dados, situações ou insinuações pejorativas ou tendenciosas

Há uma sutil diferença entre se afirmar que um produto tem um sabor mais agradável que os concorrentes e dizer que os concorrentes têm sabor desagradável, como na seguinte expressão: "agora você não precisa mais comprar produtos caros e com sabor desagradável para resolver seu problema de dentes" (Repr. 300/05). Há, sem dúvida, prevalência de conteúdo a indicar os defeitos do concorrente do que das vantagens do produto anunciado.

É verdade que o cantor Zeca Pagodinho prefere outra cerveja? Quando afirma “fui provar outro sabor, eu sei, mas não largo meu amor, voltei”, tudo não passando de um amor de verão, pode estar falando a verdade (Repr. 72/04). Mas ainda assim pode levar ao descrédito a concorrente Schincariol, da qual, aliás, havia participado de peça publicitária anterior. Primeiro, porque gosto, não é dado objetivo. Segundo, porque não trata de alinhavar as vantagens do produto anunciado, mas os defeitos do

produto do concorrente e, até mesmo da estratégia publicitária adotada, da qual, paradoxalmente, participou.³⁴²

De certa forma é o que também acontece quando se esmaga com os dedos sabonete do concorrente para demonstrar que o seu é mais consistente (Repr. 169/02). Ou quando se afirma que “energia não tem gosto coisa nenhuma” em contraposição ao Nescau, cujo *slogan* é “energia que dá gosto” (Repr. 169/05). Como se vê, nesses casos a ação dirige-se para tornar público os defeitos do produto concorrente, suas falhas, do que de apontar pontos de convergência e superação do anunciante.

É o caso da campanha que, comparando as diferenças entre pneus novos e remoldados, afirmou que este é um pneu usado e que seu processo industrial consiste em um simples revestimento por nova camada de borracha. Houve denigração porque o anúncio passou da exaltação das qualidades do pneu novo ao apontamento dos defeitos do pneu remoldado. Além disso, a peça deu a entender que o produto oferecia riscos à segurança dos usuários a partir de uma simplificação extrema do seu processo tecnológico de fabricação e suas características (Repr. 60/05).

No mesmo sentido o mote “Tá cheio de Uni por aí. A maioria não é nem Universidade”. Ou seja, remete prioritariamente para os concorrentes, apontando supostas mazelas e pretende, a partir unicamente da diferenciação entre Centros Universitários e Universidades, querer atribuir a aqueles uma má qualidade de ensino ou, ao menos, ensino inferior (Repr. 283/04).

³⁴² Para a campanha publicitária de lançamento da cerveja “Nova Schin”, em 2003, a Schincariol contratou o cantor Zeca Pagodinho, tendo sido criado o slogan “Experimental!”. Mas logo em março de 2004 o mesmo cantor apareceu como protagonista em comercial da concorrente Ambev, com música de refrão “Fui provar outro sabor, eu sei, mas não largo meu amor, voltei”. Em resposta, a Schincariol levou ao ar peça publicitária na qual sósia do cantor dá entender ter recebido quantia considerável para mudar de opinião quanto às cervejas. Levado o caso ao Judiciário, veio a sentença da 9^a. Vara Cível do Fórum Central de São Paulo (autos 583.00.2004.039608-6), em 15/03/2005. Para o julgador, demonstrou-se que o cantor foi chamado quando ainda estava em curso a campanha publicitária primeira, fazendo referência ao produto anunciado com a nítida finalidade de depreciar as suas qualidades. Mas não teria ocorrido plágio, pois eventuais elementos da campanha original foram usados não com a finalidade de imitar, mas sim de oferecer a contraposição à idéia central. O que houve, disse, é a utilização de propaganda comparativa, mas de forma exagerada e depreciativa, contrariando o CBAP, extrapolando os limites da objetividade na comparação (depoimento pessoal e preferência subjetiva), sendo utilizada para “denegrimento à imagem do produto ou à marca de outra empresa” pelo fato de transmitir a idéia de que o consumo do produto divulgado foi apenas passageiro. Afirmou, ainda, que a propaganda comparativa não foi usada para exaltar ou divulgar o produto, mas explorada de forma negativa, não sendo o caso de ironia. Concluiu pelo abalo na imagem e no conceito da Schincariol e sua agência. Considerou, ademais, que se o CBAP não tem a natureza de lei, pode ser considerado como um compromisso entre as pessoas que atuam no ramo publicitário. A conduta estaria enquadrada no artigo 209 da LPI, que admite a reparação civil para os “atos de concorrência desleal não previstos nesta Lei, tendentes a prejudicar a reputação ou os negócios alheios”.

Aliás, é bem similar ao *slogan* de provedor de Internet “O resto é internet”, já que a palavra leva ao entendimento de “sobra”, “dejeto” etc., sempre indesejável e de sentido pejorativo (Repr. 119/03).

Com o mesmo tema o Tribunal de Justiça do Paraná tratou de controvérsia envolvendo divulgação via *outdoor* dos dizeres “*Electrolux. Passamos o nosso nome a limpo. Electrolux/Wap agora é só Eletrolux*”. Na peça publicitária a marca “wap”, apostando na primeira linha, está quase desaparecendo, e ao seu lado, uma imagem de lavadora de alta pressão está a limpar a marca. Entendeu o Tribunal o induzimento, de forma subjetiva, que a marca wap não seria limpa ou que a empresa não era transparente, extrapolando a divulgação do produto e atingindo a esfera comercial da empresa concorrente, na medida em que passava uma imagem negativa ao consumidor.³⁴³

Em outro caso, um jornal copiou caracteres, cor e diagramação de anúncio de outro, e repetiu a pergunta que ali constava (“qual o jornal líder em classificados?”) para induzir o leitor à resposta que seria “a correta”, ou seja, ele próprio e não o outro. Para o CONAR, a mensagem publicitária não tratou de destacar a condição de líder do anunciante, mas sim de confundir os leitores e colocar em dúvida a honestidade comercial do concorrente (Repr. 62/00).

Ao primarem por salientar os defeitos do concorrente os anúncios selecionados atingem o princípio da finalidade da comparação, já que não se vê de tal ação conteúdo útil: nem ao mercado, para o qual só trás o confronto, nem para o consumidor, já que não indica informação consistente.

§ 8.2.2.2 Excesso

O excesso denigratório decorre da agressividade, que pode ser constatada da linguagem ou de qualquer outro recurso cênico empregado.

³⁴³ Ementa: “Obrigação de não fazer. Publicidade. Alusão à marca da concorrente de forma pejorativa, associando-a com sujeira. Violação ao Decreto 57.690/66, que regulamenta a lei n. 4.680/65 e ao acordo extrajudicial realizado com as empresas autoras falta de lealdade comercial - Imagem prejudicada. Correta a decisão determinando que a empresa ré se abstenha de veicular a propaganda, retirando-a dos outdoors Recurso improvido” (TJPR, apelação cível nº 113.104-0, j. 31/10/2001). Os mesmos fundamentos se repetiram no julgamento da Apelação Cível 147.932-9, julgada em 06/12/2005.

É o caso de filme publicitário no qual comediante conhecida pelo seu tom notoriamente desabusado proclama: "Dizem aí que eu falo muito palavrão. Você já viu a conta do seu telefone celular? É caro pra ca... (calão cortado). A tarifa pode ser trinta vezes maior que o telefone fixo. É uma sacanagem! Quer saber? Eu vou jogar esta me... (calão cortado) no lixo" - e joga mesmo. Em seu voto, escreveu o Relator (Repr. 33/02): "não se trata, aqui, de indagar se o anúncio em tela afirma uma verdade ou não. É provável que, em essência, seja verdadeiro. A conta de um telefone fixo poderá ser, em condições normais, inferior à de um celular. Mas essa comparação não é válida. O anúncio compara produtos incomparáveis. No caso, é inegável a agressividade do anúncio, com objetivo único de denegrir a imagem da telefonia celular".

Novamente aqui ativa-se o princípio da finalidade e, ademais, o da vedação à denigração. E, porque não, o que impede a abusividade, seja o princípio do respeito aos valores sociais.

§ 8.2.2.3 Modo implícito

A maior parte da publicidade comparativa se faz através da modalidade implícita abrangente. Nessas não há sequer citação direta da marca ou do produto, e nem sempre é possível distinguir o objeto atingido.

Assim, quando em anúncio, um jovem, após beber uma cerveja "nova" a rejeita dizendo "credo!", houve depreciação do produto Nova Schin, da Schincariol, mesmo sem a citação da marca (Repr. 127/05). Aliás, no caso, utiliza-se de critério meramente subjetivo, o gosto.

Outra peça mostrava três mexicanos e afirmava que "cerveja boa não se mistura", coincidentemente, logo após a Schincariol ter lançado seu produto NS*2, composto de cerveja misturada com tequila e limão (Repr. nº 306/04).

Mesmo sem referência direta, o atentado ao princípio da vedação à denigração é evidente pela associação à má qualidade.

§ 8.2.2.4 Alegação genérica e contexto social

Dizer que um produto contra gripe é “três vezes melhor que aquele chazinho”, poderia ser frase pejorativa a antigripal em pó para ser diluído em água ou chá quente. Porém, se observarmos bem, em nosso contexto é comum aquelas “famosas infusões caseiras” receitadas pela mãe ou pela avó, às quais denominamos “chazinho”. Em sendo assim, não há denigração, já que se refere a um hábito e não a um produto concorrente (Repr. 149/01).

Decerto, a principiologia não dispensa a análise do caso concreto e seus pormenores. No caso relatado estariam tensionados, por um lado, a licença publicitária (princípio da livre iniciativa) e o princípio da vedação à denigração. Por outro lado poderia se perguntar se a expressão “chazinho” traz informação útil ou necessária ao consumidor a ponto justificar sua manutenção (princípio da finalidade da comparação).

§ 8.2.2.5 Não-concorrente, classe ou atividade

A denigração pode atingir a não-concorrente, como até mesmo a uma classe ou atividade.

É o que houve em campanha publicitária na qual atriz, rodeada de latas de margarina, colocava em dúvida proposta publicitária apoiada em concursos (à época, dois concorrentes patrocinavam concursos bem-sucedidos) e mostrava a embalagem de outra margarina com o nome "Malícia", evocadora da concorrente "Delícia". Entendeu o CONAR (Repr. 182/92) que ao apresentar a atriz envolta em quantidade inadequada a um consumo normal, sugere-se que a publicidade e a promoção levam a um consumo desenfreado, desmerecendo a confiança do público nos serviços que a publicidade presta. Além disso, haveria denigração da imagem de produto concorrente.

Fato semelhante ocorreu quando anúncio patrocinado por empresa concessionária da exploração de publicidade em metrô mostrou foto do que aparenta ser um *outdoor* cuja visão encontrava-se encoberta por grande quantidade de árvores. O anúncio levava o título: “se a marca do seu cliente precisa aparecer, você não pode anunciar em qualquer lugar”. A Central de Outdoor pediu abertura de representação ética contra o anúncio considerando que ele induzia “a falsa e

pejorativa imagem do meio, ferindo as mais básicas condutas éticas do mercado publicitário". Houve sustação do anúncio (Repr. 230/03).

Assim também quando, na TV, uma tela dividida simulava a ação de uma "pastilha comum" de inseticida e, na outra a da anunciante, dando a entender que este seria o único eficaz, resultando denegrimento de imagem de todos os repelentes a base de pastilhas elétricas (Repr. 353/03).

É possível que a denigração parta do Estado? Publicidade estatal afirma: "Quando você faz uma compra, o ICM já está embutido no preço. 17% o comerciante tem que passar pro Governo, mas alguns comerciantes preferem pôr o ICM no bolso. Quase 50% são sonegados. Hei consumidor! Você, você mesmo, você pode acabar com isso. Vá lá e exija a nota. Não deixe que comerciantes inescrupulosos fiquem com o dinheiro que traz benefícios à população. Na próxima compra, tire de letra a sonegação. Exija a nota". E em outro anúncio: "Você vai testemunhar um assalto. A cliente entrou na loja e fez sua compra. Atenção: agora na hora de pagar ela não exige a nota fiscal. Acaba de ser roubada sem perceber. Os 17% que ela pagou de ICM foram para o bolso do comerciante e não para as obras do Governo. Reaja a esse assalto. Exija a nota". Todavia, entendeu o CONAR (Repr. 053/88),³⁴⁴ na sua primeira instância como no recurso, tratar-se de campanha agressiva, violenta, contundente, mas corajosa e que não acusaria o comerciante de uma maneira genérica, mas que enfrentava e acuava o sonegador.

Repare que essa análise de tais casos no contexto da publicidade comparativa somente é tornada possível quando é retirada do seu conceito a referência a um concorrente ou a identificação deste, bastando a menção a outras prestações.

§ 8.2.2.6 Comparar o incomparável e denigração

Linhos atrás foi visto que comparar o incomparável relaciona-se com a falsidade. Mas aqui se fere o princípio da vedação à denigração pela própria

³⁴⁴ Descabe discutir aqui a inusitada situação na qual a conduta do Estado é avaliada por um tribunal privado. Prefere-se entender que o órgão considera o comportamento da agência publicitária – e, aliás, é esta que apresenta a defesa frente ao *briefing* recebido.

impossibilidade de efetivar-se a comparação, ainda que isso, de fato, não possa ser entendido como falso.

Por exemplo, comercial ao promover o lançamento de revista de variedades convidava o telespectador a calcular as despesas que teria se comprasse outras revistas especializadas. Ao final, após citar as revistas nominalmente concluiu que seria uma loucura comprá-las, já que por muito menos dinheiro ele poderia adquirir o produto anunciado, "todas as revistas em uma". Essa comparação é falsa, já que entre produtos incomparáveis, revistas especializadas e uma revista de variedades, propiciando o denegrimento daquelas, indicadas como muito mais caras (Repr. 069/88).

§ 8.2.2.7 Forma humorística

Talvani LANGE (2006) observa “que a utilização do humor na criação de um anúncio com este formato possui uma forte tendência em explorar o título para tal fim”. Baseando-se em FREUD, apresenta seis categorias do humor na publicidade: a sátira ou zombaria (que tem a ver com a ridicularização), a caricatura (exagero de detalhe), a condensação (fusão de duas ou mais letras ou palavras com sentidos diferentes), o uso múltiplo do mesmo material (segmentação de nome, tal como “Itá-mar”), o duplo sentido e o *nonsense*. Lange também nota que “embora haja a determinação em termos teóricos e éticos de que os anúncios comparativos devam se ater a atributos objetivos em sua criação, verifica-se que a prática da mesma tem sido muitas vezes diferente”. E acrescenta: “isso é configurado quando se evidencia e focaliza o sentido emocional do humor, desarmando, de certa forma, o público espectador e o próprio CONAR”.

Exemplo de comparação implícita e humorística é o caso de comercial veiculado pela Oi Internet. A IG queixou-se que a utilização na peça de um cachorro da raça *terrier*,³⁴⁵ idêntico ao símbolo do IG, em situação vexatória, caracterizaria comparação de forma não objetiva entre as empresas. Em sua defesa, a Oi Internet negou a hipótese de publicidade comparativa, alegando que o emprego do cachorro não redundaria em nenhuma infração, constituindo apenas uma forma bem-humorada de comunicar o lançamento da empresa. Todavia, o Relator concluiu que a

publicidade comparativa na peça seria inegável e que a mensagem veiculada iria denegrir o concorrente IG (Repr. nº 59/05, CONAR).

No entanto, ainda que se considere que os dados informativos da mensagem comparativa devem superar o núcleo persuasivo (princípio da finalidade da comparação ou do uso justificado), isso não implica que, por exemplo, o título ou chamada mantenham tom humorístico ou criativo (licença publicitária ou princípio da livre iniciativa).

§ 8.2.2.8 Crítica

Para Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 124), o direito à crítica é aceito e não configura concorrência desleal, mas desde que seja “de maneira geral, por meio moderado, sobre tal ou tais produtos, ou sobre o sistema comercial”. Nesse sentido apresenta exemplo no qual a Corte francesa chegou ao entendimento de que “a crítica ao método comercial do anunciante que imitava produtos alheios não constituía denegrição”. Acrescenta, por fim, que “a crítica com fins literários, científicos e de interesse público não caracteriza o crime [de concorrência desleal], pois é de se presumir que nela não exista interesse econômico ou vantagem a ser obtida pelo seu autor”. Assim, “o conteúdo das mensagens deve voltar-se a interesse diverso daquele que é almejado entre concorrentes, ou seja, o público consumidor”.

Já para Adelaide Menezes LEITÃO (2005, p. 2), no entanto, a publicidade comparativa crítica é aquela que salienta o “tom pessoal (*persönliche Reklame*)”, referindo-se a “aspectos puramente pessoais do concorrente, tais como a nacionalidade, a religião, a ideologia política e os antecedentes criminais”. Nesse sentido, evidentemente, a crítica leva à deslealdade e à denigração³⁴⁵ -, e, pode-se dizer mais, ofende o princípio da dignidade da pessoa.

³⁴⁵ Ou, melhor dizendo, da raça “west highland terrier”. Deve-se esse dado a Fábio TOKARS.

³⁴⁶ Veja § 6.2.4.

8.3 CONFUSÃO

§ 8.3.1 Conceito de confusão

Caracteriza-se a confusão, diz Carlos Alberto BITTAR (1993, p. 108; 1989, p. 54-55), “em uma análise global, por meio de práticas tendentes a captar, ilicitamente, clientela alheia, aproveitando-se alguém da imagem do concorrente (seja de seu nome, seja de seus estabelecimentos, seja de seu produto etc.)”. Daí que, acrescenta, “diversas ações podem, pois, ingressar nesse conceito, tendentes sempre, mediante assemelhação indevida, a afastar-se a diversificação natural dos produtos e, assim, atrair clientela alheia”.

Em suma, conclui, “traduz-se, pois, por ação que, partindo de expedientes atentatórios às criações estéticas utilizadas pelo concorrente, gera confusão no consumidor, como, por exemplo, a imitação de desenho, de figura, de símbolo ou de outro elemento identificador do rival (podendo a ação atingir a própria empresa, os locais, ou a própria atividade do lesado)”.

A primeira parte da descrição apresentada, todavia, é extremamente ampla, a ponto de convergir para o parasitismo. Além disso, a captação da clientela alheia não é elemento diferenciador e a distinção entre os produtos está longe de ser “natural”.

Como afirma Rubens da Costa SANTOS, Conselheiro do CONAR, “hoje são raras as engenhocas capazes de criar um quadro inteiramente novo em relação às coisas até então existentes. As invenções são, normalmente, substituídas por inovações ou por novidades ou por algo mais. O processo concorrencial faz com que o simples ‘make-up’ de um produto já existente gere um produto chamado de inovador”. “Daí”, conclui, “a importância de todos os fatores que possam fortalecer a identidade de um produto - preservando sua personalidade junto ao mercado consumidor - desde a concepção, a engenharia, embalagem, até a comunicação” (Repr. 064/89).

Por fim, que nem sempre a publicidade se direciona ao consumidor. Por vezes o auditório compõe-se de terceiros, tais como, representantes, médicos, varejistas, estes sim a se relacionar com os consumidores finais (os “intervenientes”).³⁴⁷

³⁴⁷ Neusa Demartini GOMES (2003, p. 17-18), por exemplo, dá conta que a publicidade pode ser endereçada ao consumidor, mas também ao atacadista, o varejista, os líderes de grupo, os

Assim, sinteticamente, a confusão consiste mais propriamente em técnica (discursiva) capaz de produzir desorientação quanto a elementos distintivos de bens colocados no mercado.

Considerando que os sinais distintivos visam, como afirma Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 128-130), conferir “a segurança e adequada informação da procedência e qualidade dos produtos ofertados”, segue que a confusão seja apontada pela doutrina como típica prática de concorrência desleal. O fundamento jurídico da repressão aos atos de confusão, continua PEREIRA, está no princípio da correção profissional e não nas consequências da aplicação do direito de propriedade industrial. Ocorre que havendo ofensa ao direito registrário do nome empresarial ou da marca, diz, a questão é deslocada para a simples demonstração da infração ao direito que ele confere. Como a confusão é um ato de concorrência desleal, que tem por objeto preferencial os sinais distintivos do empresário, a publicidade pode assim constituir-se em instrumento de sua conformação.

Mas, na publicidade, a confusão não resulta somente da reprodução de signos distintivos. Por exemplo, o §9º do artigo 27 do CBAP cuida da utilização de sósias, estratégia que depende não só da autorização da pessoa retratada ou imitada, mas que também não deverá induzir à confusão.

Afora isso, além da propriedade industrial, incidem elementos do direito autoral, mesmo porque geralmente do plágio ou a imitação decorre a confusão. Aliás, “na reprodução (cópia total ou parcial do signo) a confusão é presumida, enquanto que na imitação, (...) deve ser apreciada pela impressão do conjunto e de acordo com o grau de atenção do consumidor comum” (PEREIRA, 2001, p. 146).

Não se pode esquecer que a comparação não precisa necessariamente visar a marca ou o título do estabelecimento, como pode dirigir-se até mesmo ao comportamento ou estratégia comercial do concorrente.

Há controvérsia doutrinária acerca de saber se a ação deve ser idônea para a produção da desorientação ou basta o risco. Carlos Alberto BITTAR pensa que deva tratar-se “de ação (procedimento ou forma) que faça com que o produto mostre-se ao consumidor médio como se fora o do concorrente”.³⁴⁸ Já para Marcos A. M. PEREIRA (2001, p. 147) “basta o risco para que fique configurada a confusão, que

provedores de matéria-prima, os empregados, os concorrentes, o público em geral, o Estado e os acionistas.

³⁴⁸ BITTAR, Carlos Alberto. A concorrência desleal e a confusão entre produtos in: Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, n. 550: 20-31, 1981, p. 29, apud PEREIRA, 2001, p. 147.

deve ser reprimida, pois o contrafator sempre procura artifícios que encubram ou disfarçem o ato delituoso, empregando semelhanças aptas à condução da vontade do consumidor". Isso porque, se "a imitação é um conjunto de mensagens subliminares", "sem que o consumidor possa perceber senão debaixo de um exame mais apurado, a imitação penetra em sua mente como se fosse o signo de sua preferência".

O artigo 124 da LPI apresenta um extenso rol de situações em que não é possível o registro da marca. Dali pode-se extrair alguns elementos identificadores da confusão, os quais, submetidos ao universo da publicidade comparativa, dão as seguintes indicações: (i) possibilidade de gerar associação ou falsa indicação; (ii) reprodução ou imitação do todo ou de parte (semelhança ou afinidade); (iii) do mesmo ou de outro titular; (iv) omissão de elementos essenciais; (v) falta de clareza; e (vi) pela forma, disposição ou combinação (e pelo contexto).

Qual a relação entre a confusão e a enganosidade? Repare que a confusão aqui tratada interessa ao concorrente ou a outros operadores publicitários. Mas a mesma peça publicitária geradora de confusão pode resultar em enganosidade, ofendendo os direitos do consumidor.³⁴⁹

Quanto à confusão devem ser respeitados os princípios do direito à informação, da propriedade industrial, da livre e leal concorrência, da correção profissional e da vedação à confusão.

§ 8.3.2 Casuística

§ 8.3.2.1 Reprodução ou imitação do todo ou de parte

Conforme decisão do CONAR, a "utilização publicitária de um conjunto de elementos que, tradicionalmente, vem caracterizando a comunicação de concorrente, constitui infração às normas que condenam a confusão e preservam apelos de terceiros" (Repr. 147/95). Ou seja, além de caracterizar possível plágio, imitação ou reprodução não autorizada (que interessam ao titular desses direitos), pode levar à confusão (o que interessa tanto ao consumidor como ao concorrente).

É o que ocorreu quando concessionária de veículos publicou anúncio em jornais com o título "Tô nem aí pra concorrência. Tô nem aí para os preços altos. Tô

nem aí para o IPI. Tô nem aí Amazonas”, uma vez que concorrente já vinha usando o mote “Tô nem aí” (Repr. 48/04).

Também ocorreu a confusão quando um comercial de bebidas fez alusão “a apelos comerciais para você experimentar isso ou aquilo...”, claramente se comparando ao conhecidíssimo *slogan* “Experimenta!” utilizado no relançamento da cerveja Nova Schin (Repr. 358/03).

§ 8.3.2.2 Omissão de elementos essenciais

A confusão também pode operar pela omissão de elementos essenciais. Aliás, o CONAR já entendeu que "o anúncio não deve apregoar um produto de forma a estabelecer, pela deficiência de informações, eventual confusão com outro existente no mercado" (Repr. 044/98).

É o caso de anúncio contendo uma tabela comparativa de trechos que o consumidor precisava voar para receber os benefícios dos programas de milhagem. Como não explicava que a premiação tinha critérios diferenciados entre as companhias aéreas acabava confundindo o consumidor (Repr. 152/98).

Veja que a ofensa não se dá somente ao princípio que veda a confusão mas também a outros: da objetividade da comparação e da transparência.

§ 8.3.2.3 Falta de clareza

A ausência de elementos bem definidos e objetivos da comparação, acaba resultando confusão junto ao consumidor.

Uma campanha comparativa sob o título de “Jornal que atrasa não adianta”, por exemplo, levava a considerar que o concorrente publicava com atraso notícias já divulgadas pelo jornal anunciante. Porém, como o concorrente afetado demonstrou, os furos de reportagem não se verificavam, independentemente do maior ou menor destaque que as notícias mereceram no jornal comparado. Daí a conclusão do CONAR de que o anúncio promovia confusão entre os consumidores, situação ainda

³⁴⁹ Esse aspecto será tratado adiante, quando se falar de enganosidade, em § 9.1.

mais grave pelo fato de o anunciante ser jornal, então cujo principal produto é a informação (Repr. 243/99).

§ 8.3.2.4 Pela forma, disposição ou combinação

A confusão não advém necessariamente de uma palavra ou um *slogan*. Cabe ver o contexto onde tal expressão surge e se está associada a outros elementos.

É conhecido a “*chamada*” do Prestobarba, da Gillette: “A primeira faz ‘tcham’, a segunda faz ‘tchum’ e ‘tcham, tcham, tcham, tcham !’”. O CONAR foi acionado (Repr. 064/89), quando concorrente utilizou o mote: “Pronto II, o único com um ‘tcham’ a mais”. Da discussão que seguiu, é interessante filtrar alguns pontos da argumentação do Relator: “Ao lançarem e promoverem publicitariamente o aparelho de barbear descartável, a empresa Gillete e a agência encarregada de sua comunicação conseguiram, da forma mais inventiva, que o *gimmick* do tcham se agregasse ao produto, tornando-se parte fundamental da sua identidade e acreditamos que de maneira mais identificadora que o próprio nome, Prestobarba. Com esse todo, que vai de um produto diferenciado a uma comunicação diferenciada, criou-se a identidade, através da qual Prestobarba apresentou-se ao consumidor. E passou a ser conhecido. Ter uma marca - como a Gillette - que se transformou através do tempo em sinônimo de produto não traz apenas vantagens. Também pode resultar em problemas. O fabricante pode deixar de vender seu produto por confusão no balcão - o consumidor pede um descartável Gillete ou mesmo um Prestobarba e leva um descartável da concorrência ou mesmo um Pronto II. Como estratégia de proteção contra essa possibilidade, o fabricante conta com todo residual de memória da primeira lâmina que faz tcham, da segunda que faz tchum e de dezenas ou centenas de milhares de G.R.Pês que fazem tcham, tcham, tcham... tcham! E passa a ter direito de fato ao tcham, por tê-lo inventado dentro de uma expressão de comunicação construída com originalidade, além de ter pago por esse direito, G.R.P. por G.R.P”. Assim, a conclusão não poderia ser outra, a não ser sustar o anúncio concorrente. Embora, isoladamente, a expressão “um tchan a mais” nada significar, “quando acompanhada dos acordes da V Sinfonia de Beethoven e sua popularização melódica ‘tchan, tchan, tchan, tchan’, atrela-se ao produto da Gillette, gerando confusão”.

O caso, portanto, é de publicidade comparativa no modo implícito, já que a expressão “um tcham a mais” remete sem dúvida ao concorrente. É comparativa, porque o concorrente se arvora de ter justamente esse “tchan” a mais, seja lá o que isso represente. E é ilícita porque gera confusão na clientela formada ao longo dos anos pela Gillette.

§ 8.3.2.5 Comparar o incomparável e confusão

A orientação do CONAR é no sentido de que o anúncio ”deve evitar, sempre, a comparação entre produtos diferentes” (Repr. 044/98). Esse tipo de comparação resulta, inevitavelmente, em confusão.

Incabido, assim, comparar empresas (agências) de publicidade através do preço, pois a qualidade dos serviços e a criatividade, entre outros. São diferenciais de difícil comparação (Repr. 018/98). Da mesma forma, também descabe comparar um produto multiuso com outro para finalidade específica (Repr. 259/01).

Ou seja, se comparar o incomparável, além de resultar em falsidade e denigração, como visto atrás, também acaba por gerar confusão.

§ 8.3.3 Os elementos na análise da confusão

Agora é possível relacionar alguns dos elementos que devem ser levados em conta na análise da confusão:

- a) a anterioridade do bem objeto da confusão;
- b) existência de semelhança entre a nova produção e a anterior;
- c) é constatada através do ponto de vista do consumidor;
- d) elementos: nome empresarial, título do estabelecimento, insígnia, marca, disposição externa ou arquitetônica do estabelecimento, catálogos, circulares, prospectos, listas de preços, cartazes, rótulos de mercadorias, embalagens, recipientes e envoltórios, que não sejam de domínio público, e a própria publicidade;

- e) interferem na avaliação da existência, ou não, da confusão, o ramo de atividade dos concorrentes e o alcance territorial da clientela. Quanto ao ramo da atividade pressupõe-se que devam estar os concorrentes na mesma categoria de empreendimento. Em relação ao território a questão é variável de acordo com a notoriedade do signo distintivo e se a clientela é local, regional, nacional ou internacional;
- f) a absorção indevida de componentes de avultamento do concorrente, de modo integral ou em caráter substancial;
- g) exista suscetibilidade de estabelecer-se confusão entre os estabelecimentos, ou entre os produtos;
- h) a ação ou o expediente, ou o seu resultado, sejam idôneos para a desorientação dos consumidores.

8.4 PARASITISMO

§ 8.4.1 Conceito de parasitismo

Para Denis BARBOSA (2003), “dá-se a concorrência parasitária quando uma empresa, utilizando-se da boa fama de outra, consegue vantagem econômica para atuar num mercado ou segmento de mercado em que a detentora da boa fama não compete”.³⁵⁰

Marcos A. M. PEREIRA (2001, p. 148), no entanto, crê que “o parasitismo econômico consiste no fato de um terceiro viver à sombra de empresário diverso, aproveitando-se, direta ou indiretamente, dos esforços deste, que contribuíram para a formação do bom nome, da imagem dos produtos e da estrutura econômica que conferiram credibilidade e grande penetração no mercado”.

PEREIRA (2001, p. 148-150), na verdade, separa entre procedimento parasitário e concorrência parasitária, sendo o elemento diferenciador a existência ou não da concorrência. Assim, o que para BARBOSA seria concorrência parasitária, para PEREIRA é comportamento parasitário. Este, aliás, poderia se dividir em aproveitamento parasitário, situação na qual, no âmbito do procedimento, o alvo do parasita circunscreve-se ao signo distintivo.

Para Carlos OLAVO (1997, p. 168-170), “atuações parasitárias são os atos de um empresário que tiram ou tentam tirar partido da reputação legitimamente adquirida por terceiro ou das realizações pessoais de outrem, mesmo que não haja risco de confusão nem intenção de prejudicar este”. O doutrinador dá dois exemplos. Um deles seria o “reclamo por referência”, isto é, a mensagem publicitária que é

³⁵⁰ É o mesmo pensamento de Mário Oscar Chaves de OLIVEIRA, Conselheiro do CONAR, como se pode entender da decisão na Representação 044/91. Para ele, a concorrência parasitária é “aquela em que o concorrente não agride de modo ostensivo, direto ou frontal, mas de forma indireta, sutil e sofisticada, até mesmo em ramo de comércio ou indústria diverso do agredido”. OLIVEIRA, na mesma decisão, ainda fornece outros dados. O primeiro caso judicial nacional sobre o assunto foi o da editora da Revista "Burda" contra o uso do seu nome na capa da revista nacional "Figurino Moderno", para servir de chamariz à clientela feminina. Outros casos famosos envolvem o uso do prestígio de "Old Eight" por "Royal Label Black" e das "Colas", Coca e Pepsi por uma marca de cola, Araldite. Nos EUA, o caso Inter News, Service x Associated Press resultou no aforismo "*Nobody can reap he was not sown*" (ninguém tem o poder de colher onde não plantou). Disto pergunta-se OLIVEIRA: “Será ético utilizar-se do prestígio de terceiros, construído com dispêndio de numerário e criatividade, para promover-se, sem nenhum risco, um outro produto? Será ético, sem autorização, colocar em nível de igualdade produtos concorrentes, com tese e antítese, para conclusão de uma síntese em favor de um terceiro produto? Que benefício ou esclarecimento é, nesse caso, trazido ao consumidor?”

elaborada aproveitando a reputação que goza determinado sinal distintivo, precedendo-o da palavra “tipo”, procedimento que a doutrina é pacífica a censurar como ato de concorrência desleal. O outro exemplo é de caso real, entre a empresa (portuguesa) de produtos alimentares Motta e outra do mesmo ramo denominada Alemagna. No caso, aquela acusava esta de copiar sistematicamente as suas campanhas publicitárias: a Alemagna foi condenada por concorrência desleal parasitária.

Lélio D. SCHMIDT (2001, p. 11), a seu lado, afirma que nos casos de publicidade comparativa parasitária não há intenção de denegrir a marca alheia (embora este efeito possa vir a ocorrer), mas sim de associar-se à imagem gozada pela mesma. Faz-se mesmo elogios no intuito de demonstrar que o seu produto ou serviço é tão bom quanto aquele identificado pela marca citada. Trata-se, conclui, de hipótese de exploração de prestígio alheio. Para SCHMIDT não se admite que o anunciante procure tirar vantagem da notoriedade alheia, mesmo que suas atividades sejam exercidas em nicho de mercado não concorrente.

A alínea "g" do artigo 32 do CBAP está assim redigida:

“Tendo em vista as modernas tendências mundiais - e atendidas as normas pertinentes do Código da Propriedade Industrial, a publicidade comparativa será aceita, contanto que respeite os seguintes princípios e limites: (...) .g. não utilize injustificadamente a imagem corporativa ou o prestígio de terceiros”.

Da regra do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária, então, segue que a configuração do parasitismo exige a presença de três elementos:

- a) a existência de marca notória ou de prestígio de terceiro;
- b) o uso injustificado dessa imagem;
- c) aproveitamento do prestígio ou das mesmas ferramentas mercadológicas.

Uma possibilidade de ocorrer parasitismo via comparação ocorre quando se confronta apenas para dizer que os bens ou serviços são iguais em tudo. Com isso,

todavia, também se admite infração aos direitos industriais, findando em contrafação.³⁵¹

O parasitismo é também ilícito, pela análise principiológica, em face dos princípios da proteção à propriedade industrial, da livre e leal concorrência, da prestação e da correção profissional.

§ 8.4.2 Casuística

§ 8.4.2.1 Aproveitamento do prestígio e marca notória

Um exemplo. A cerveja alemã DAB passou a divulgar peça publicitária com o tema "DAB, alemã: a nº 1 entre as cervejas de seu país". A peça era composta de uma página inteira de jornal com duas garrafas de cerveja em tamanho natural, identificadas como "A nº 1" e "A melhor cerveja do Brasil", ou seja, as duas grandes marcas concorrentes, Brahma e Antarctica. Na folha seguinte estava estampado: "Dab alemã: a nº 1 entre as cervejas de seu país". A cerveja Brahma insurgiu-se, alegando que, sendo marca notória, estabeleceu, através de dispendiosa campanha publicitária, associação de seu produto com a frase "Cerveja nº 1". Estaria havendo, então, o uso injustificado do seu prestígio e da Antarctica, ao estabelecer, a partir da imagem destas, uma comparação com a cerveja anunciante (Repr. 044/91).

Mas não é necessário que a marca seja considerada notória³⁵² para que ocorra o parasitismo. Basta que tenha prestígio, como uma marca líder. Assim também ocorreu o parasitismo quando marca de menor destaque lançou peça publicitária na qual mulheres em um supermercado faziam comentários de que na falta do detergente líder o melhor seria levar o do anunciante (Repr 159/03).

O parasitismo também esteve presente em peça publicitária que informava que o produto anunciado "tem paracetamol, o mais receitado pelos médicos". Uma vez que este é princípio ativo do Tylenol, o analgésico mais prescrito pelos médicos, houve, segundo o CONAR, aproveitamento do seu prestígio (Repr. 212/05).

³⁵¹ Adelaide Menezes LEITÃO (2005, p. 2) crê que a comparação por equivalências não configura publicidade comparativa, mas "adesiva". Aqui, ao contrário, se aceita o enquadramento na modalidade comparativa, mas sujeita ao sancionamento por ser parasitária.

³⁵² Não adentro os pormenores acerca dos limites e conceituação do que seja ou não marca notória ou, também, marca de alto renome. O que é essencial, no que concerne à publicidade comparativa, é o ilícito decorrente do aproveitamento injustificado do prestígio.

§ 8.4.2.2 Aproveitamento das ferramentas mercadológicas e “carona”

A abertura de mercados por vezes é difícil, demorada e dispendiosa. Copiar esses passos seguidamente caracteriza-se como aproveitamento parasitário. Por tais razões empresa insurgiu-se contra concorrente, o qual, segundo a denunciante, vinha seguindo sistematicamente a trilha mercadológica que desbravou, parasitando enormes investimentos em pesquisas, desenvolvimento de produtos e em publicidade. Ilustrou sua tese com cronograma de lançamento e embalagens da linha de *shampoos*, seguidos pelo lançamento de produtos com características e embalagens semelhantes pelo concorrente. Mas em primeira instância, a Câmara de Ética do CONAR entendeu que não lhe competia analisar estratégias mercadológicas das indústrias e, no recurso, acatou-se a defesa do concorrente, demonstradora da anterioridade das embalagens de seus produtos (Repr. 115/98).

Em outro caso, uma agência criou extensa campanha para promover o lançamento de cartão de crédito partindo dos *teasers* "Cadê o Sérgio?", "Onde está o Sérgio?", "Você viu o Sérgio?", "E o Sérgio, hein?", divulgados durante quinze dias em *outdoors* e revistas. Antes do fim do período dos *teasers* (e, portanto, do momento de desvendar o enigma proposto), outra agência veiculou em *outdoors* a resposta: "O Sérgio está aqui", em cores e desenho semelhantes aos do *teaser*, acompanhado do nome da agência e seu endereço, já que seu presidente se chamaria Sérgio. Ainda assim o anúncio foi validado pelo CONAR, apesar do reconhecimento de que "pegou carona em outro", porque a imitação seria comprovadamente um deliberado e evidente artifício criativo, além de não ter ocorrido possibilidade de risco ao consumidor, uma vez que o *outdoor* de resposta seria entendível apenas no meio publicitário (Repr. 101/02).

Este entendimento também preponderou no CONAR (Repr. 161/00) quando a Caninha 51 (do conhecido *slogan* "Uma boa idéia") insurgiu-se quanto à peça da Caninha 21, na qual um senhor anunciava ter modificado diversas coisas em sua vida, que não lhe agradavam, inclusive trocado sua esposa de 51 anos por duas garotas de 21 anos. Disse a Caninha 51, existir a finalidade clara de confundir o mercado, tirar proveito disso e denegrir a marca ao induzir o consumidor a pensar que 51 é sinônimo de algo ultrapassado, que não presta mais. Todavia, entendeu o Relator, ser o caso de deliberado artifício criativo, já que se utilizou habilidosamente a linguagem

e o habitat de botequim capaz de provocar catarse no consumidor cachaceiro, sendo que a idéia de trocar uma 51 por duas de 21 é absolutamente adequada ao clima da taverna.

Adelaide Menezes LEITÃO (2005, p. 2) cita exemplo de publicidade de pasta de dentes através de cartazes em ônibus na cidade de Berlim. Posteriormente, tendo essa campanha encerrada, concorrente utilizou-se dos mesmos ônibus para inserir a seguinte mensagem: “Sim, mas Odol é melhor”.³⁵³

Como se vê, a infringência ao princípio da vedação à confusão, no que concerne à publicidade comparativa, via de regra ocorre em conjunto com a ofensa ao princípio da objetividade da comparação.

³⁵³ A expressão original: “Ja, aber Odol ist besser”.

8.5 PREDAÇÃO

§ 8.5.1 Conceito de predação

Articula-se aqui a modalidade de ilícito publicitário, designada comparação predatória.³⁵⁴ Semelhante ao que ocorre na natureza, aqui o predador tenciona liquidar rapidamente seu concorrente. Difere do comportamento parasitário, onde quanto mais longe for a marca comparada, mais longe irá também o parasita. Trata-se aqui, então, do uso desmesurado da força, seja o abuso do poder econômico. É possível tal abuso por via da publicidade?

Assim, se o anunciante compara-se com o mercado (ou seja, com o universo dos competidores, sem nomeá-los), salientando, por exemplo, sua posição de líder, pode, mesmo nesse formato, afrontar dispositivos da livre concorrência, caso pretenda manter a hegemonia via exclusão dos demais concorrentes com abuso do poder econômico.³⁵⁵

A publicidade predatória sofre da imposição dos princípios da proteção à propriedade industrial, da livre e leal concorrência, da prestação e da correção profissional. Para que ela ocorra, portanto, deve haver:

- a) prejuízo à livre concorrência por alguma das formas da Lei 8884/94;
- b) manifesta superioridade econômica por aquele que promove a comparação publicitária em relação ao comparado.

§ 8.5.2 Casuística

É o que aconteceu em caso julgado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no qual foi deferida tutela antecipatória sustando publicidade comparativa. Alegava-se prática de concorrência desleal pelo uso “de modo desmedido”, do “poder

³⁵⁴ Como exemplo, no direito norte-americano há o combate aos “*predatory pricing*” (ver AVERITT, 2003, p. 31).

³⁵⁵ Repare que, como dito anteriormente, ao contrário da doutrina portuguesa citada por Adelaide Menezes LEITÃO, considera-se aqui que a comparação com o gênero (com o mercado) integra o conceito de publicidade comparativa.

econômico para causar prejuízo a terceiro, sem se importar com o resultado”, já que a concorrente “ao invés de limitar-se a divulgar que cobriria o preço do mercado, identificou seus concorrentes, apontando seus nomes em sua publicação”. A identificação, por si só não seria ilícito. Mas a empresa insurgente tinha notória inferioridade econômica, de abrangência apenas local, enquanto a anunciatriz, possuía rede de larga abrangência territorial. Assim, segundo o Relator, nas circunstâncias, houve abuso do poder econômico, “com infração à ordem econômica, mais precisamente, à livre concorrência, nos termos do art. 170, IV, da Constituição Federal e dos artigos 20, I e 29, da Lei nº 8.884, de 11.06.94, a qual, entre outras coisas, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica”.³⁵⁶

³⁵⁶ Eis a ementa: “Processual civil. Tutela antecipada. Propaganda comparativa. Abuso do poder econômico. Veiculação de propaganda comparativa, onde são relacionados os concorrentes da agravante, entre os quais a agravada, de notória inferioridade econômica, caracterizando abuso do poder econômico, com infração à ordem econômica, mais precisamente, à livre concorrência. arts. 170, IV, da CF e 20, I e 29 da lei nº 8.884/94. Presentes, portanto, os requisitos do art. 273 do CPC, há de ser mantida a decisão que concedeu a tutela antecipada, em prol da agravada. Agravo desprovido”. (TJRS, 5ª. C. Cível, Agravo de instrumento nº 70009017948, j. 12/08/2004).

9 PUBLICIDADE COMPARATIVA E CONSUMIDOR

Cuida-se, agora, do que, através da mensagem comparativa, alcança o consumidor. No entanto, repare como, por vezes, a enganosidade e a dissimulação também atingem os demais operadores do mercado.³⁵⁷

§ 9.1 Enganosidade

A enganosidade relaciona-se com a indução em erro, seja pela falsidade, pela ausência de informação relevante, pela ambigüidade ou dificuldade da compreensão. A enganosidade se afere objetivamente, “afastado de qualquer consideração de inexistência de má-fé do anunciante”. Isto é, será ilícito o anúncio mesmo sem a intenção de enganar (PASQUALOTTO, 1997, p. 121).

O grande desafio da criação, diz Paulo Fernando Chueiri GABRIEL, do CONAR,³⁵⁸ é “passar a informação ao consumidor de forma surpreendente e impactante”. Todavia, no preceito da enganosidade, o desafio maior é ser sintético e suficiente. É o que revela o Conselheiro do CONAR Ênio Basílio RODRIGUES, ao afirmar “ser impossível imaginar-se que um anúncio na TV que comporte a venda de serviços e tarifas telefônicos para múltiplos lugares do Brasil e do mundo, estabeleça condições tarifárias de origem e destino, confronte tabelas com operadoras concorrentes e ainda enalteça a marca do anunciante, além de outras informações importantes, possa ocupar um espaço de 30 segundos”. Assim, complementa, “se prevalecesse o princípio de que o usuário tem o direito a plenas e totais informações, nem um filme de 1 hora ou uma edição de jornal dariam conta do recado”. Todavia, conclui, “mesmo que todos os elementos que fazem parte de uma composição tarifária não caibam em um anúncio, deve o anunciante – através de técnicas de imagem e som – esclarecer os aspectos principais da afirmação que faz no anúncio”. E isso é possível, afirma, não só através de *letterings*, mas de, “com a habilidade e os instrumentos que os publicitários e anunciantes dispõem, justificar basicamente a

³⁵⁷ Com a enganosidade, abusividade e dissimulação adentra-se ao que, para fins operacionais, foi tido, no ensaio inicialmente delineado, como pertencente ao âmbito pragmático do discurso jurídico-publicitário.

³⁵⁸ Representação 31/00.

proposta do anúncio, fornecendo explicações básicas, como pela chamada convergência, e procurar levar o consumidor a informar-se, de forma mais precisa, em outras mídias". Adiciona, concluindo, que "um letreiro de site de internet cabe em qualquer anúncio" e "um telefone SAC pode completar a informação inviável ao anúncio".³⁵⁹

A indução em erro, ainda que potencial e verificada objetivamente, cria o problema de sua medição. Para tanto a doutrina cunhou a figura do "consumidor típico" (concreto) em substituição ao "consumidor médio" (abstrato). Ora, justamente os consumidores com baixo acesso à informação, mais influenciados pela publicidade, é que ficariam desprotegidos com a consideração do "consumidor médio". Assim, somente "uma apreciação em concreto permite indicar precisamente o grau de vulnerabilidade do consumidor" (PASQUALOTTO, 1997, p. 124).

Mas a doutrina não é unânime. Fábio Ulhoa COELHO (2003b, p. 323-325) afirma que "a presença no anúncio de informações não confirmadas pela experiência dos espectadores não é fator suficiente para a caracterização de publicidade enganosa". Seria necessário que esses dados falsos tenham efetivo potencial de indução dos consumidores em erro. Acredita COELHO que para se mensurar o potencial enganoso da publicidade seria necessário definir o universo de consumidores que compõe o padrão, além de ver a natureza e a articulação das muitas informações veiculadas na peça publicitária em exame.

Uma última palavra quanto à enganosidade por omissão. O parágrafo 3º do artigo 37 do CDC faz referência à ausência de "dado essencial sobre o produto ou serviço". PASQUALOTTO, então, sugere método de avaliação da seriedade da publicidade a partir da verificação se a venda anunciada compensa seu custo. Se não compensar, diz, seria enganosa a publicidade. Repare que a ausência de lucratividade viola uma das funções da publicidade, que é justamente de proporcionar sobrepreço. Não fosse só, mesmo que se entendesse que a venda é, de fato, inferior ao custo, poderia aí se caracterizar concorrência desleal.

Esses dados essenciais não poderão ser supridos através de notas grafadas em tipos minúsculos no rodapé ou situados em cantos pouco lidos do anúncio escrito, bem como pelas rápidas e ilegíveis legendas nos anúncios televisivos ("letterings") (COELHO, 2003b, p. 328-329).

³⁵⁹ Representações 144/04 e 146/04.

Por evidente, os preceitos relacionados à publicidade enganosa também se aplicam à publicidade comparativa. E “não é rara a ocorrência de situações comparativas que induzem o consumidor a um juízo equivocado acerca dos produtos e serviços do concorrente, pouco importando o elemento subjetivo (dolo ou culpa) da conduta do anunciante” (PEREIRA, 2001, p. 109).

Aliás, partindo da classificação apresentada no Capítulo 5.2 pode-se dizer que a comparação não pertinente, a imprecisa, insuficiente também podem levar à enganosidade.

Acrescente-se, por fim, que quando a comparação ocorrer através do preço devem ser explicitadas suas condições, bem como a duração da promoção (se for o caso). Além disso, “entre produtos cujo preço não seja de igual nível, essa circunstância deverá ser informada no anúncio (art. 32, h - CBAP), sob pena de vício no critério de comparação” (PEREIRA, 2001, p. 105).

Do que foi dito é possível sumariar alguns elementos da publicidade comparativa enganosa:

- a) possibilidade da indução a erro do consumidor típico;
- b) na comparação: falsidade, omissão ou equívoco;
- c) nos dados: falsidade.

A enganosidade, como se nota, atinge os princípios do direito à informação, da autodeterminação do consumidor, da vulnerabilidade e defesa do consumidor, da boa-fé, da correção profissional e da transparência (veracidade, clareza, precisão, comprovação, ampla informação).

§ 9.1.1 Enganosidade e falsidade

São falsos os dados anunciados, levando a erro, quando se afirma, por exemplo, que as lâmpadas do anunciante seriam as únicas aprovadas pelo Inmetro, o que não se provou correto (Repr. 143/01).

Note que se trata de uma situação comparativa, na qual o anunciante afirma que seu produto tem um *plus* em relação a outro ou ao mercado em geral.

§ 9.1.2 Enganosidade e omissão

Uma mensagem publicitária de pneus, usando logotipo de grandes fabricantes mundiais, continha o *slogan* “Um dia todo pneu vai ser assim”. No entanto, faltava-lhe algo essencial: a informação de que o pneu era remoldado, diferente, portanto, daqueles oferecidos pelos fabricantes tradicionais (Repr. 249/04).

Também faltou dado essencial quando empresa de telefonia apregoou ligações internacionais 70% mais baratas que a dos concorrentes, mas não revelou que para determinados países seria necessária a utilização de um “kit gsm” (Repr. 198/05).

Em outro comercial um "coaxar" insistente produzia o som "ploc - ploc - ploc" e mostrava ator afirmando, ao final: "tablete Valda, melhor que esse ploc aí!" Para o Relator (Repr. 080/87) houve denigração do concorrente, marca de uma goma de mascar. Mas, a peça, sobretudo, procurava confundir o consumidor ao não esclarecer que o produto anunciado se tratava "de um remédio com propriedades claramente definidas em sua bula (anti-séptico para o tratamento de dor e irritações na garganta, rouquidão, pigarro e tosse)".

Em mais um exemplo, cartão de descontos junto à rede credenciada procurava comparar-se a planos de saúde, dizendo-se sem carência e restrições, com preços menores. Mas deixava de indicar algo essencial: a informação de que o associado seria responsável pelo pagamento dos serviços de saúde, dado fundamental na decisão do consumidor (Repr. 134/00).

Quando a Telemig afirmou ter a maior cobertura GSM do Estado de Minas Gerais, houve protestos de concorrente, já que não teria sido definido o método da medição de cobertura. A Telemig, então, esclareceu que o critério seria o número de localidades cobertas pelas duas empresas, o que levou o Relator a pedir a alteração no anúncio (Repr. nº 45/05, CONAR). Repare que nesse caso há evidente interesse no dado emitido tanto do concorrente quanto do consumidor.

PEREIRA (2001, p. 105) dá outro exemplo de situação em que foram omitidos dados essenciais. Seria o caso de peça publicitária que, comparando os dados, afirma que o produto anunciado emagrece mais rápido, mas nada fala sobre os possíveis efeitos colaterais. Assim, “ao deixar de informar que os efeitos colaterais de seu produto são mais graves, omite condição essencial à decisão do consumidor, pois não

decorre logicamente que o produto anunciado deva ser mais nocivo". Além disso, prossegue, "teve por objetivo a declaração geral e indiscriminada da superioridade de seu produto sobre o da concorrência, faltando com a veracidade na comparação, por omissão que caracteriza publicidade enganosa".

É de se ver que se a omissão de dado essencial por um lado fere o princípio da transparência, levando à enganosidade, por outro também impacta junto à objetividade da comparação.

§ 9.1.3 Casuística da enganosidade

§ 9.1.3.1 Falta de clareza, ilegibilidade

Aliás, a falta de clareza e objetividade na comparação, além de comprometê-la, resulta em confundir o consumidor, afetando seu raciocínio no momento da escolha.

É o que ocorreu quando anunciante simulou hipóteses de custo de seu produto frente a celular com cartão pré-pago de concorrente. Ocorre que "ao invés de trazer luz ao assunto", o informe publicitário acabou tornando-o ainda mais confuso ao não esclarecer quais seriam os itens comparados e respectivas diferenças (Repr. 168/99).

Conta como omissão e, em consequência, enganosidade, se os dados forem ilegíveis. É o caso se "o que se vê nos filmes é uma profusão de supostas informações faladas e escritas nos tristemente abusados *letterings* apresentados em ritmo alucinante com inserção de muitas imagens, demonstrando uma verdadeira obra-prima de desinformação, dado que parece absolutamente impossível que qualquer ser humano possa tirar algum valor ou absorver alguma informação útil do que se ouve, vê e lê nos anúncios" (Repr. 173/00).

§ 9.1.3.2 Comprobabilidade

Os enunciados "Melhor que Omo, só Omo", "Ninguém tira mais manchas, ninguém lava mais branco" e "É o produto de melhor performance no mercado", induzem o consumidor à idéia de não existir produto melhor que o apregoado. Em razão disto, cabe ao anunciante esclarecer e demonstrar em quais condições um

produto é melhor do que o outro ou alertar para a existência de outros produtos capazes de proporcionar resultados iguais (Repr. 102/98, CONAR).

Da mesma forma, a liderança entre produtos ou serviços, para ser apregoada em anúncio, deve revelar a fonte e os métodos de pesquisas que permitiram tal avaliação (Repr. 231/97, 019/98, 205/97).

Quanto à forma de certificação, cite-se anúncio de que telhas sem amianto seriam mais resistentes do que as produzidas com amianto. Apesar de protestos do concorrente, a mensagem foi mantida pelo CONAR porque fora apresentado um relatório técnico sobre a resistência do produto (Repr. nº 74/05, CONAR).

Na opinião de Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 107-108), “as inserções publicitárias de natureza testemunhal, muito comum em anúncios que se valem de personalidades famosas, não estão isentas de obedecerem ao princípio da veracidade e, de tal forma, devem ser comprováveis”. Assim, segundo PEREIRA, se o artista afirmar que usa tal produto deve realmente usá-lo. Mas, se diz que prefere uma marca, é dado subjetivo que nem é e nem precisa ser comprovado. Conclui, entretanto, que na publicidade comparativa pode ser permitida a forma testemunhal.³⁶⁰

§ 9.1.3.3 Informação dos critérios da comparação

O alerta ao consumidor acerca dos critérios da comparação, caso parciais, torna lícita a mensagem?

É o que ocorreu em caso no qual a Telefônica afirmava que a empresa teria a menor custo tarifário para ligações para o Estado de São Paulo. A Embratel propôs representação afirmando que os anúncios induziam o consumidor ao engano e enquadravam-se como propaganda comparativa, sem respeitar os limites para tanto. O voto vencedor considerou que os anúncios deveriam ser alterados, aumentando o tempo de exposição dos *letterings* que informavam as condições da oferta (Repr. nº 010/05, CONAR).

³⁶⁰ Como se viu em outro Capítulo, tanto Guilherme FERNANDES NETO (2004, p. 164-166) como Paulo J. S. GUIMARÃES (2001, p. 155) defendem a responsabilidade dos artistas que participam dos anúncios publicitários, na medida em que se tornam garantes.

Aqui, como em caso anteriormente relatado, visualiza-se também o interesse do concorrente, já que não seria comparação leal. Como se nota, há um entrelaçamento de princípios incidentes, entre os que se classificou com sendo os atinentes ao mercado e os do consumidor.

§ 9.2 Abusividade

O Código de Defesa do Consumidor no inciso 2º do artigo 37 relacionou várias formas entre as possíveis de ocorrer publicidade abusiva: publicidade discriminatória, que incite violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, induza comportamento prejudicial ou perigosa à saúde ou segurança.³⁶¹ Se, como afirma PASQUALOTTO (1997, p. 129), a publicidade não é o que se diz, mas o que os outros entendem, isso também significa que a abusividade relaciona-se com a forma da mensagem e não, obrigatoriamente, com o produto anunciado.

Para Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 110) “o conteúdo abusivo do anúncio, em se tratando de publicidade comparativa, acaba proporcionando, via de regra, a denigração da imagem dos produtos ou serviços do concorrente”, constituindo-se ato de concorrência desleal. Porém, acrescenta, não fica “afastada a viabilidade de haver publicidade comparativa abusiva típica, na qual o caráter de denigração do concorrente fique num segundo plano”. Exemplifica com um anúncio hipotético: “Só a boneca 'X' é alegre e amiga. Vai te proteger enquanto você dorme, ao invés de te assustar. E, ao fundo, é realizada a tomada da boneca fabricada pelo concorrente, que é deixada de lado”.

Quanto à abusividade podem ser acenados os princípios do respeito à dignidade da pessoa (respeito aos direitos fundamentais), da prevalência dos valores sociais (ordem pública, não abusividade, patrimônio cultural, meio ambiente, família, infância e juventude, amparo à terceira idade, inclusão social, não discriminação), da vulnerabilidade e defesa do consumidor, da função social da empresa, da vedação à

³⁶¹ "Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva. (...) § 2º. É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança".

indução de condutas potencialmente perigosas, danosas ou ilegais, do princípio da segurança nas relações de consumo, e do direito à privacidade e a intimidade.

§ 9.2.1 Casuística da abusividade

§ 9.2.1.1 Exploração do medo

Quando um anunciante pretendeu demonstrar que sua assadeira seria inquebrável (ao contrário da do concorrente), produziu peça na qual aparece um bebê prestes a se cortar nos cacos de uma forma de vidro caída ao chão. Explorou o medo, portanto, sem qualquer justificativa de cunho social, tornando o anúncio em abusivo (Repr. 261/03).

Em situação semelhante, outro fabricante, agora de panelas cerâmicas, sugeriu que o uso de panelas confeccionadas em alumínio poderia trazer graves danos à saúde. Para o CONAR, a peça publicitária seria reprovável por se apoiar em dados vagos para provocar ilações graves, isso pelo fato de persistirem sobre o tema muitas dúvidas científicas (Repr. 121/02). Mas, de fato, o anunciante está sustentando a sua análise comparativa pela via da indução do medo do dano à saúde.

O mesmo ocorreu com anúncio que procurava realçar as características das panelas de aço inox frente a panelas "teflonadas", de vidro e de alumínio, por meio da afirmação que estas últimas faziam mal para a saúde. E isso bem em época em que a imprensa divulgava suspeita de que resíduos desse material poderiam ser a causa do "Mal de Alzheimer". Entendeu o CONAR (Repr. 130/92) que o anúncio seria capaz de provocar o temor ou o pânico entre consumidores em geral. Mas o anunciante reconsiderou, retirando a mensagem de circulação. Vejam as suas razões: que (i) não teria o propósito de causar dano empresarial a qualquer atividade setorial; (ii) que não desejava atribuir-se a responsabilidade de alertar a população sobre riscos à saúde que não de produtos de sua fabricação; (iii) que não desejava estabelecer temor na sociedade; (iv) e que não considerava imprescindível externar o conceito danoso da ingestão de alumínio para vender seus produtos, tanto que excluiu as palavras "faz mal para a saúde".

Em outro comercial, empresa de refrigerantes fez comparações, associando os Estados Unidos à guerra e o Brasil à paz. Mostrou a imagem de um soldado com uma

lata de Coca-Cola nas mãos e a frase: “O deles quer dominar o mundo”, ao que se sobrepõe uma imagem do refrigerante anunciante com a locução: “O nosso só quer conquistar você”. O CONAR (Repr. 57/03) considerou que “destilar posições políticas em propaganda comercial é prova de grande imaturidade e presta um desserviço à causa publicitária”. Parece, no entanto, que a comparação mais se resolveria pela via da abusividade, por desrespeitar nosso valor social de respeito aos demais povos.

§ 9.3 Dissimulação

Os exemplos mais comuns de publicidade dissimulada são o *merchandising*, a publicidade redacional e a subliminar. Discute-se, todavia, acerca do *merchandising*, havendo opiniões doutrinárias conflitantes.

Para Fábio Ulhoa COELHO (2003b, p. 320), o *merchandising* é lícito desde que empregado de modo facilmente constatável pelos espectadores, os quais também poderiam ser esclarecidos nos créditos de abertura ou encerramento do capítulo.

PEREIRA (2001, p. 84) afirma que “operado ostensivamente, e com prévio aviso de que o programa comporta essa modalidade de publicidade, o *merchandising* não pode ser considerado publicidade clandestina”.

O fato é que essa “identificação ostensiva” indicada por PEREIRA dificilmente servirá para alertar o destinatário. Basta ver, por exemplo, que, em filmes, nem mesmo o nome dos atores é bem referenciado. A questão será mais bem elucidada se levarmos em consideração as características da obra em que se insere a mensagem e de que forma se dá a inserção. Se for obra ficcional essa identificação não se fará necessária. Se, por exemplo, é programa de auditório, basta que fique claro que se trata de promoção de produto. Daí que COELHO (2003b, p. 318-320) tenha incluído como dissimulatório o que denomina de “infomercial”, ou seja, a apresentação do produto ambientada em um programa de auditório, a não ser que explice de forma clara sua natureza de peça publicitária.

De qualquer maneira, concluindo, o *merchandising* repudiado pela lei, para utilizar a expressão um tanto contraditória de CALAZANS (1992, p. 75), considerando as observações já feitas, é aquele “não-ostensivo”.

Já Guilherme FERNANDES NETO (2004, p. 185) defende a figura do *merchandising* antijurídico, o qual abarcaria o ilegal (que atinge a lei, “mas não

implica dano para a sua configuração”), o abusivo (“que agride o espírito da lei, sua teleologia, ou seja, o desiderato para o qual o legislador concebeu o direito que por ele é excedido”) e o ilícito (“que afronta a lei e causa dano”).

A publicidade redacional difere do *merchandising*. Enquanto este insere-se em situações da vida comum, programas esportivos, diversão ou arte, a publicidade redacional está integrada em um contexto destinado à elaboração e divulgação da informação noticiosa.³⁶²

Mas é Leandro da Rosa MARSHALL, que, na realidade, surpreende, ao demonstrar como a linguagem jornalística está contaminada pela lógica e pela retórica da Publicidade. MARSHALL chega mesmo a enumerar 25 (vinte e cinco) ocasiões nas quais a publicidade simula a notícia. Eis, resumidas, algumas de mais interesse:

- a) - mimese: publicidade paga, disfarçada de notícia, sem identificação de informe publicitário;
- b) - desfiguramento: publicidade paga, disfarçada de notícia, com identificação de informe publicitário. Ainda assim acaba obtendo o bônus de uma notícia, já que os leitores, majoritariamente, não percebem o aviso de "informe publicitário" e dão a credibilidade de notícia ao texto publicitário;
- c) - releasemania: produzida por assessorias de imprensa ou pela área de relações públicas, objetiva diretamente a divulgação gratuita, em um espaço público, de determinados interesses privados;
- d) - editorialismo: publicidade acompanhada por material editorial elogioso à empresa ou ao produto;
- e) - ambigüidade: notícia sobre anúncios publicitários;
- f) - *merchandising* editorial: evocação intencional de uma empresa, de uma marca, de um serviço ou de um produto no espaço editorial;
- g) - chamariz: notícia isca para a publicidade.

Na realidade, muito do que revela MARSHALL (2000) é o que se denomina “*publicity*”, que se caracteriza pela “estimulação de eventos de repercussão jornalística em torno da própria publicidade, como um instrumento a mais de

promoção do produto ou serviço anunciado". Para Fábio Ulhoa COELHO (2003b, p. 47) como a simulação e a enganosidade podem se manifestar através desses eventos, impõem-se considerar, para fins jurídicos, a *publicity* como um tipo específico de publicidade, sujeitando-a à mesma disciplina.

Mas há mensagens publicitárias que sequer são perceptíveis: estas, de que forma forem produzidas, ferem o princípio da identificação – é o caso, por exemplo, da publicidade subliminar.³⁶³ Subliminar é a mensagem que não é propriamente comunicação, é manipulação (são estímulos de curtíssima duração que têm como finalidade induzir psicologicamente o telespectador ou ouvinte) (PASQUALOTTO, 1997, p. 89).³⁶⁴

§ 9.3.1 Casuística da dissimulação

Para efeito exemplificativo, é interessante a sentença prolatada em 28/10/2004 nos autos 2004.01.1.102028-0 da 4ª Vara Cível de Brasília. O caso envolveu a veiculação de publicidade pela mídia televisiva, dirigida aos adolescentes, em estilo vídeo clip, protagonizada por rapaz de aparência jovem. O laudo pericial, segundo diz a sentença, “revelou imagens não percebidas conscientemente”, “alucinação visual e visão periférica subliminarmente acrescida de um efeito osciloscópio” - ou seja, estímulos sublimares. Essas imagens seriam de “silhueta de pessoa com cigarro, a imagem de mulher fumando, pessoas fumando carteira de cigarros”. Acrescente-se que o personagem do anúncio afirmava: “vejo as coisas assim: certo ou errado, só vou saber depois que eu fiz. Eu não vou passar pela vida sem um arranhão. Eu vou deixar a minha marca”.

Considere-se, de outro lado, que para Flávio CALAZANS, o próprio *merchandising* deve ser considerado como prática subliminar. Isto porque, “criando um clima inocente de neutralidade e dissimulação, o produto consumido pelos personagens com os quais [o consumidor] se identifica tem maior penetração que os

³⁶² A este Guilherme FERNANDES NETO (2004, p. 45) denomina de “jornalismo de negócios”.

³⁶³ “Com isto está proibido tanto a chamada publicidade subliminar, a qual é veiculada de uma maneira que atinge, tão-somente, o inconsciente do destinatário, como a publicidade clandestina ou simulada, a qual, por vezes, é travestida de ‘informes econômicos’, ‘relatos científicos’ ou, simplesmente, uma notícia jornalística aparentemente desinteressada, quando, na verdade, intencionam a divulgação de produtos e serviços” (SANTOS, 2000, p. 203). A respeito da publicidade subliminar veja CALAZANS, 1992.

³⁶⁴ A respeito ver também DURANDIN, 1997.

anúncios propriamente ditos". E finaliza: "esta é a força do *merchandising*: atuar no inconsciente pessoal".³⁶⁵

É possível publicidade comparativa dissimulada?

Em regra a publicidade comparativa é ostensiva. Todavia, não se descarta que se apresente dissimulada. Por exemplo, um fabricante de utensílios de vidro se sentiu incomodado por *merchandising* de empresa concorrente que, por adotar o silicone, divulgou cenas de um bebê se cortando com cacos de vidro, enfatizando a vantagem de ser o produto inquebrável. Instado, o CONAR decidiu pela alteração, embora em razão de que teria havido exploração do medo sem qualquer justificativa de cunho social.

Também é possível aventar o uso de mensagem subliminar para inserir comparação, tal como "x é melhor que y", repetido, por exemplo, durante uma filme ou novela. Ou, então, "não compre X" ou "somos melhores que Y". Aí o ilícito será duplo: pela clandestinidade e pela denigração.

³⁶⁵ CALAZANS, 1992, p. 69-78. Diz, citando Jorge ABID, que um dos primeiros veículos do *merchandising* teria sido o marinheiro Popeye, que ajudou o governo americano a acelerar o consumo de uma supersafra de espinafre, ainda em 1929. CALAZANS cita vários exemplos amparados em novela da Rede Globo: as calças Staroup e "Dancing Days", toalhas Santista e "Marrom Glacé", os Correios em outra novela da Globo, o grande estoque de milho da COBAL e "Pai Herói", etc.

10. RESPONSABILIDADES E REMÉDIOS

Embora o presente estudo se encerre com as indicações dos limites lícitos da mensagem publicitária comparativa, apresento aqui esboço para fins de desenvolvimento futuro acerca do tema em destaque.³⁶⁶

Já se discorreu acerca dos sistemas de controle da publicidade: privado e público. Também foram dadas indicações a respeito do processo administrativo privado a cargo do CONAR. Resta, então, ver sobre as medidas coercitivas disponíveis no arsenal jurídico.

§ 10.1 A tutela

Mas antes mesmo disso é necessário estipular aqueles que podem permanecer nos pólos ativos e passivos das eventuais demandas e a modalidade das sanções.

A tutela pode ocorrer em nível individual ou difuso. Individualmente, podem agir judicialmente todos os afetados pela promoção da publicidade ilícita, tais como o (i) consumidor atingido pela enganosidade, abusividade ou dissimulação, (ii) o concorrente, frente à falsidade, denigração, confusão, parasitismo e predação, (iii) o autor e o cessionário (agência ou anunciante), quanto aos direitos autorais e de propriedade industrial (conforme o Capítulo 3.4) e (iv) o artista, quanto à reprodução inautORIZADA de sua imagem ou mesmo denigração. No âmbito dos direitos difusos, podem atuar as associações de consumidores, o PROCON e o Ministério Público . Marco A. M. PEREIRA sugere a possibilidade de grupo de concorrentes valer-se das regras do artigo 4º, VI e 81, parágrafo único, III, ambas do CDC, propositura da ação coletiva em face de concorrente autor de publicidade desleal, na proteção direta de seus interesses concorrenciais (individuais homogêneos) e indireta dos consumidores. Mas se essas normas admitem todas as espécies de ações para a defesa dos direitos e interesses do consumidor, sendo que “é princípio inserto no Código de Defesa do Consumidor a repressão à concorrência desleal”, poderia se cogitar a possibilidade das associações de consumidores agir

³⁶⁶ A matéria, além de ampla, é controversa. Merece um estudo aprofundado, a parte.

diante de empecilhos que deturpem a concorrência ou resultem de abuso do poder econômico.

Neil W. AVERITT (2003, p. 42), aliás, (em texto com o sugestivo título: “A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor”) cita um exemplo ocorrido quando o FTC norte-americano preocupou-se quando uma associação de fabricantes de coletes à prova de bala adotou uma norma restringindo a publicidade comparativa. Como afirma, as regras da associação haviam declarado que seria antiética a conduta de qualquer dos membros em sustentar que os coletes de outro associado tivessem falhado no teste de certificação, ainda que fosse verdadeiro. Muito embora AVERITT sustente que a eliminação dessa proibição tenderia a promover uma proveitosa competição quanto à qualidade, - o que pode ser verdadeiro -, o fato é que a medida, no direito brasileiro, poderia sustentar-se no princípio da dignidade da pessoa humana, frente a potencialidade do perigo à vida. O que aqui se cogita, entretanto, é que associações de consumidores ou o Ministério Pùblico poderiam promover esse tipo de lide visando não somente a sustentação da concorrência, mas o interesse indireto dos consumidores.

§ 10.2 A atribuição de responsabilidade

Quanto às responsabilidades, por primeiro deve-se dizer que a responsabilidade decorre do dano, em razão de dolo ou culpa, a causar prejuízo material ou imaterial a interesse individual homogêneo, difuso ou coletivo.

Sobre o dano, entretanto, a doutrina é controversa. Guilherme FERNANDES NETO (2004, p. 208-210), por exemplo, afirma ser erro crasso, diante do artigo 187 do CCB, “asseverar que todos os atos ilícitos impõem apuração de dano”. E acrescenta: “pode-se incluir no amplo conceito positivado no art. 187 o ilícito comunicativo, como um ato antijurídico que se caracteriza pela afronta à confiança e/ou obrigação de garantia e implica perigo abstrato coletivo”. Assim, não haveria que se falar em dano e, muito menos, na prova do elemento subjetivo. Prefere, ademais, entender o ilícito comunicativo como uma afronta ao princípio da confiança.

É bom ver, igualmente, que as infrações ao artigo 20 da Lei 8.884/1994 (Lei antitruste) também independentemente de culpa.

A responsabilidade civil pela ilicitude na promoção de um anúncio comparativo deve ser atribuída ao anunciante – neste não há qualquer dúvida. Há entretanto, severa controvérsia acerca da extensão dessa responsabilidade à agência, aos meios difusores, à produtora, apresentadores e artistas.

Paulo J. S. GUIMARÃES dá bem idéia dessa discussão (GUIMARÃES, 2001, p. 147-149). Alguns doutrinadores pátrios, diz, falam sobre a responsabilidade dos meios de comunicação e das agências de publicidade. Mas Cláudia Lima MARQUES, Luiz Antonio Rizzato NUNES e Zelmo DENARI afirmam que “o meio não tem obrigação de controlar o teor dos anúncios que veicula e que as agências apenas criam a publicidade, que posteriormente é aprovada pelo anunciante”. Maria Luiza de Sabóia CAMPOS e Herman BENJAMIN, por outro lado, defendem a responsabilização desses órgãos, “porém mediante a responsabilidade aquiliana prevista no Código Civil e não a responsabilidade objetiva prevista no Código de Defesa do Consumidor”. Maria Elizabete Vilaça LOPES, Newton de LUCCA e Roberto SENISE, também admitem a responsabilidade da agência, mas somente (no caso de LOPES) quando agem com dolo ou culpa grave. A doutrina francesa, por seu lado parte da premissa da existência de uma conduta de boa-fé, concluindo pela responsabilidade subjetiva dos co-partícipes.³⁶⁷

³⁶⁷ Para definição de responsabilidades imagina-se que seja útil conhecer algo da produção da mensagem publicitária. Além do que foi dito no Capítulo 4.1, o fato é que até que se dê início à campanha publicitária propriamente dita (fases de planejamento, criação e mídia) muito já se fez no campo do *marketing* visando a inserção do produto, serviço ou marca: pesquisas de lançamento, planejamento e produção do produto, vendas e formas e condições de distribuição (SANTOS, 2000, p. 33/34). Afora isso, já no interior da empresa de publicidade, a produção da mensagem obedece a toda uma técnica, com a participação de inúmeros colaboradores. O *briefing*, por exemplo. É uma espécie de questionário encaminhado ao anunciante, ou elaborado conjuntamente, com vias a apurar características do produto, da marca, do mercado, dos objetivos da empresa. Visa obter as informações preliminares para a orientação dos trabalhos. Com base nele e completado com as informações de pesquisas é esboçado o planejamento publicitário. Através do *briefing* procura-se ver as características do produto, do mercado (canais de distribuição, preços, concorrentes e sua política, consumidor atual e potencial, etc). Também pelo *briefing* o anunciante deverá indicar seus objetivos e sugerir o conteúdo a ser transmitido, considerando os pontos positivos a serem ressaltados e negativos a serem evitados (SANT'ANNA, 1977, p. 99). O *briefing* seria, enfim, a “informação-base”, o documento que precede o planejamento e a criação, como afirma Neusa D. GOMES (2003, P. 197). Há, ainda, pesquisas de posicionamento de marcas, as quais estudam basicamente como o conjunto de marcas em determinada categoria de produto é percebido pelo público consumidor, donde são elaborados mapas perceptuais. Disto segue-se para a “estratégia de comunicação” para daí concluir-se pelos formatos e meios (RIBEIRO, 1989, p. 73-87). De qualquer forma, parece claro que a publicidade “além de não ser o único fator responsável pelo sucesso de vendas, não é também o único fator responsável pela persuasão do consumidor” (RIBEIRO, 1989, p. 61).

Em seu ponto de vista pessoal, GUIMARÃES vale-se dos artigos 7º., parágrafo único, e 25 § 1º do CDC para concluir que nestes dispositivos está prevista a responsabilidade solidária de “qualquer pessoa que participe na causação do dano e não apenas dos fornecedores, como consta nos arts. 18 e 19, caput”. Assim, podem os meios de comunicação serem responsabilizados, certo que a credibilidade de um anúncio decorre muitas vezes de sua fonte. Quanto às agências de publicidade, seriam elas uma espécie de “co-autoras do ‘delito’”. GUIMARÃES (2001, p. 149-202) vai além: por serem uma espécie de “garante” da mensagem publicitária, a responsabilidade se estenderia também às celebridades que do anúncio participam. É , aliás, o mesmo que afirma Guilherme FERNANDES NETO (2004, p. 164): “no momento em que uma pessoa conhecida na sociedade garante a qualidade de um serviço ou produto, utilizando-se para tanto de sua imagem, está reforçando a eficácia da publicidade, seja ou não direta, devendo, ipso facto, responder pelos eventuais danos que possam exsurgir desta captação de clientela”.³⁶⁸

§ 10.3 As sanções

Apenas como complemento e anotando-se os ensinamentos de Marco Antonio M. PEREIRA, observe-se que as condutas publicitárias por vezes configuram fatos típicos penais diversos, pertinentes à marca e à concorrência desleal. É o caso dos atos de contrafação (arts. 189 e 190 da LP) e os delitos de concorrência desleal (enumerados no art. 195, XIII, LPI). Também no aspecto penal, estão os crimes contra o consumo, indicados no Título II do CDC.³⁶⁹

Há, entretanto, além destas enumerações, as sanções administrativas, relacionadas à imposição de multa, tanto as indicadas pelo CDC, Lei 4.591/64, quanto da Lei antitruste (lei 8884/1994) e Lei 9610/1988 (direitos autorais).

§ 10.4 Processualística

³⁶⁸ Guilherme FERNANDES NETO (2004, p. 167), aliás, afirma que quanto aos veículos de comunicação “inexiste dúvida” quanto a sua responsabilidade.

Quanto à instrumentação processual, no aspecto administrativo já fez menção à auto-regulamentação publicitária no Capítulo 4.3.

Na esfera judicial o titular do direito afetado pode valer-se de medidas acautelatórias com vias à suspensão da divulgação da mensagem que lhe causa dano (obrigação de não-fazer) ou mesmo com vias a retificá-la, às suas expensas (obrigação de fazer) (PEREIRA, 2001, p. 85) - esta última, a “contrapublicidade”.³⁷⁰ No caso de infração à propriedade intelectual e, sendo isso possível (caso de folhetos), poderá o titular dos direitos afetados valer-se das disposições da Lei 9610/1998 o que compreende, entre outros, a apreensão e destruição do material ilícito (arts. 102/105).

Para Douglas Gabriel DOMINGUES (1984, p. 119), a contrapublicidade (a que se refere como retificação publicitária) consistiria em sanção através da qual se “obriga a empresa anunciante a efetuar uma publicidade retificativa onde expressamente declara que a divulgação anterior apresentava afirmações inexatas”.³⁷¹

Ao ver de JACOBINA (1996, p. 101-102), a “contrapropaganda” seria a “sanção cautelar, imponível administrativamente, mediante procedimento adequado, independente das sanções judiciais porventura cabíveis, que visa a desfazer ou impedir os efeitos danosos da publicidade enganosa ou abusiva, pela veiculação de mensagem educativa aos consumidores, às expensas do fornecedor, e de preferência no mesmo veículo, local, espaço ou horário anteriormente utilizados, de forma a desfazer o malefício da publicidade ilícita”.³⁷²

A medida está prevista no artigo 50 do CBAP no sentido da possibilidade de “divulgação da posição do CONAR com relação ao anunciante, à agência e ao veículo,

³⁶⁹ Seriam, conforme Heloisa Estellita SALOMÃO (2001, p. 204), os “crimes por vício na publicidade”.

³⁷⁰ Na realidade a doutrina por vezes usa o termo “retificação publicitária” (DOMINGUES, 1984) e em outras também “contrapropaganda” (FERNANDES NETO, 2004). O primeiro termo, entretanto, produz o falso entendimento que o que se busca é apenas a alteração do anúncio publicitário, o qual continua a ser veiculado. O segundo, por sua vez, confunde-se com a contra-informação, tal qual a utilizada por meios ideológicos e em conflitos armados. Todavia, é justamente esse termo, “contrapropaganda” que está inserido no CDC e no CBAP. A “contrapublicidade”, embora sendo um termo menos usual, expressa melhor a situação aqui retratada.

³⁷¹ Também denominada *corrective advertising*, nos EUA, *publicidad correctora*, na Espanha e *contre-publicité*, na França, enquanto nesta última refira-se somente a difundir críticas sobre produtos e serviços do mercado (FERNANDES NETO, 2004, p. 236-237). Para Marco A. M. PEREIRA (2001, p. 84), consiste “na correção, voluntária ou coercitiva da mensagem considerada ilícita, que lesa concorrentes e induz consumidores”.

³⁷² O conceito, todavia, apresenta alguns equívocos: (i) não é restrita à seara administrativa, (ii) não se reduz à publicidade enganosa ou abusiva, (iii) visa também a um recompor o equilíbrio do mercado, e (iv) não se sujeita minimamente às mesmas condições do anúncio.

através de veículos de comunicação, em face do não acatamento das medidas e providências preconizadas”.

O Código de defesa do consumidor prevê a “contrapropaganda” como sanção à prática de publicidade abusiva ou enganosa (arts. 56, XII, e 60), aplicável administrativamente pelo sistema Nacional de Defesa do Consumidor, instituído pelo Decreto 2.181, de 20 de março de 1997.

O artigo 24 da Lei 8.884/1994, em seu inciso I, por sua vez, trata da possibilidade de impor a penalidade ao infrator à ordem econômica, da publicação, em meia página e às suas expensas, em jornal indicado, de extrato da decisão condenatória cargo do CADE, por dois dias seguidos, de uma a três semanas consecutivas.

Também a Lei 9610/1988, em seu artigo 108, assevera que aquele que, na utilização, por qualquer modalidade, de obra intelectual, deixar de indicar ou de anunciar, como tal, o nome, pseudônimo ou sinal convencional do autor e do intérprete, além de responder por danos morais, está obrigado a divulgar-lhes a identidade (...), tratando-se de publicação gráfica ou fonográfica, mediante inclusão de errata nos exemplares ainda não distribuídos, sem prejuízo de comunicação, com destaque, por três vezes consecutivas em jornal de grande circulação, dos domicílios do autor, do intérprete e do editor ou produtor.

11 CONCLUSÕES

Se o propósito manifesto é exploratório, isto é, de revolver a matéria que incide sobre a publicidade comparativa, não é caso, aqui, de concluir, mas de fazer um sumário dos temas discutidos.

§ 11.1 O inventário

Afirmei que o que aqui se apresenta, embora não declaradamente situado na ordem daqueles estudos que procuram avaliar uma hipótese, parte de determinado entendimento – intuitivo àquela hora – e precavi de que ele poderia direcionar a coleção e encadeamento dos temas. Uma vista através de perspectivas, disse. Com tal lembrete não seria difícil que a intenção declarada contivesse, além do que tentava passar, pressupostos camuflados. Seria isso que de fato ocorreu? Porque, enfim, a hipótese sai fortificada, conseguindo auxílios em campos impensados.

Em nosso meio constitucional, a liberdade de concorrência, a repressão ao abuso do poder econômico e a proteção ao consumidor, analisados por um ângulo único, contemplam um conjunto de fatores que não se reduz à mera autorização aos agentes econômicos para ingressarem no mercado e agirem livremente na conquista da clientela, mas agracia também a faculdade de a pessoa determinar-se a si mesma e escolher os produtos ou serviços que necessita, o que só poderá realizar mediante a livre e correta transmissão da informação.

Nas palavras de ASCENSÃO, em um belo resumo, o Direito Concorrencial deve afiançar (i) a objetividade, ou autenticidade, da oferta; e (ii) a liberdade, ou genuinidade, da escolha (§ 3.3.7).

Isto conduz a pensar, que, para os fins do interesse do consumidor e do mercado como um todo, as mensagens publicitárias devem incluir “ao menos uma quantidade razoável de informação”.

Mas ainda que assim o seja, o direito constitucional da livre iniciativa autoriza o uso da publicidade - e se o faz, libera também os meios (§ 5.4.2.5). Se a cargo da publicidade está, entre outros aspectos, acelerar (catalisar) as reações aos bens e produtos colocados no mercado (§ 4.2.2), não se pode eliminar sua função

persuasiva. Em outras palavras, o princípio da livre iniciativa permite e assegura a licença publicitária.

Nosso texto constitucional também afiança os direitos industriais e autorais – mas o faz em atenção ao interesse social e para propiciar o desenvolvimento tecnológico e econômico do País, o que impede que sejam manejados no sentido de limitar a concorrência. Assim, um produto de tecnologia superior, ou a menor preço “pode, e mesmo deve, alijar o outro do mercado, para o bem comum” (§ 3.4.5). Daí que o direito de propriedade intelectual, se radicalizado, acaba restringindo de forma injusta o legítimo direito ao acesso à informação e ao conhecimento. Também nessa acepção valida-se a publicidade quando utilizada no seu sentido etimológico: de *publicus* (§ 4.2.1): de tornar público e ser do público, de um direito à informação.

Uma conceituação abrangente permitiu, ao mesmo tempo, recolocar a publicidade comparativa fora do domínio da deslealdade concorrencial, como também autorizou manejá-la, em seu âmbito, a publicidade superlativa (§ 5.2.3). Com isso, determinados “tipos” (“denigratória”, “confusória”, etc.) foram tratados como desvios e não como suas “espécies”. A partir daí sugeriu-se padrões de licitude em vista da legislação (incluindo nesta a auto-regulamentação), doutrina, jurisprudência e análise principiológica (Cap. 7, 8 e 9).

Em nosso meio legislativo, as normas que disciplinam a publicidade não estão recolhidas em um código, mas encontram-se esparsas, ainda que em alguma parte inclusas no Código de Defesa do Consumidor (§ 5.3.1). Não há orientação normativa específica acerca da publicidade comparativa. Ela é citada no Decreto 2.1.81/1997, que organiza a defesa do consumidor, autorizando o uso dos bancos de dados. Ainda que permitida pela Resolução nº 126/96 do MERCOSUL, não foi essa norma incorporada ao nosso ordenamento e, ademais aguarda a conclusão do Regulamento Comum sobre Defesa do Consumidor e de seu respectivo Glossário. Entretanto, a publicidade comparativa consta disciplinada através do Código Brasileiro de Auto-regulamentação Publicitária e suas disposições podem ser integradas para efeito decisório através da principiologia.

Por seu turno, a legislação estrangeira, em sua maioria, permite a publicidade comparativa, mas sujeita-a ao cumprimento de determinados parâmetros legais (§ 6.1.2 e Cap. 5.3). A doutrina consultada (nacional e estrangeira) expressa concordância, na unanimidade, quanto à ilicitude da utilização de sinais distintivos do comércio de outrem como se fossem próprios, como também repudia a

publicidade falsa. A mais potente controvérsia reside na modalidade comparativa explícita – mas a maioria tende a aceitar a indicação do concorrente ou a apresentação de seus sinais distintivos, desde que não resulte denigração, não cause confusão e não ofenda direitos do consumidor. No mesmo sentido a jurisprudência (§ 6.2.1).

Os princípios do direito à informação, da autodeterminação do consumidor, da transparência, da veracidade, da clareza, da precisão, da comprovação e da ampla informação, (i) impulsionam a publicidade comparativa explícita para a licitude e (ii) a proíbem nos formatos, enganosos, abusivos e dissimulados. De outro lado, o princípio da livre e leal concorrência não oferta direção diversa, a se saber que visa proteger o direito de escolha do consumidor. Já o princípio da livre iniciativa, no entendimento aqui expressado, manobra para preservar a persuasão, a licença publicitária e o uso de artifícios criativos (§ 6.2.3).

O princípio da função social da propriedade ao mesmo tempo (i) protege os direitos industriais e industriais (ii) e os faz direcionar para o objetivo da justiça social. Mas o princípio aqui denominado de “princípio da finalidade” ou “princípio do uso justificado dos sinais distintivos de outrem” tem a dizer, a um lado, (i) que o eventual sacrifício de parcela do direito de propriedade de um signo distintivo, autorizando-o a participar de anúncio publicitário de concorrente, exige justificação suficiente e finalidade isenta e, de outro, (ii) que está proibido o plágio, a imitação, a reprodução não autorizada, a falsidade, a denigração, a confusão, o parasitismo, e a predação (§ 6.2.3).

A atuação principiológica, dessa forma, constituirá válida a observação de Gustavo LEONARDOS, de que, para admitirmos a publicidade comparativa, deve, na mensagem analisada, prevalecer o conteúdo informativo sobre as demais mensagens, “inclusive implícitas, de caráter emotivo ou deceptivo” (§ 6.2.3). Tal não significa alijá-la do conteúdo persuasivo, defendido pelo princípio da livre iniciativa, mas reduzir seus efeitos. Como se vê, é o princípio da finalidade, por exemplo, que poderá ser acionado para impedir a comparação que tenha por fim, única e primordialmente, provocar prejuízo ao concorrente. Mas é também o princípio da finalidade que se agita para permitir a publicidade comparativa explícita, desde que o seu conteúdo informativo a justifique.

Preocupei-me, desde o início, com a condição intransponível de uma investigação enquanto metanarrativa. Alinhavei esse dado logo na Introdução e

afirmei que a reunião de uma polifonia de vozes doutrinárias serviria para reduzir esse ruído, efeito ou condição. Considerrei, talvez em demasia, que uma proposta acrítica ou de crítica interna poderia se tornar pleonástica.³⁷³ Para fazer frente a esse desafio anexei dados da hermenêutica, retórica e linguística, economia, crítica social e inserções acerca da práxis publicitária. Esses dados permeiam o texto e algumas notas de rodapé. Não foram em vão.

Destes dados coletados pode-se ver que um produto é o que faz dos demais: sua existência muda não para de tagarelar a respeito dos outros.³⁷⁴ Mas quem lhe outorgou esse monopólio identitário? Não estará, então, a publicidade comparativa apenas recompondo esse elo perdido, ao permitir a desconstrução das relações subjacentes a essa edificação? De MARX a SCHUMPETER pode-se ter a concorrência como o motor do capitalismo. Esse histórico modo-de-produção opera a destruição criativa – mas o que, de fato, se destrói e o que se cria? A importância da publicidade na difusão de uma inovação, disse MARCUS-STEIFF, situa-se na razão inversa da importância da inovação. Não será, talvez, no confronto direto que os mecanismos da construção identitária, como que através de um *insight*, tornam-se aparentes para restabelecer o uso, ou o ‘consumo racional’? No âmbito microeconômico, nas sombras da assimetria da informação (§ 5.4.2.3), não será, novamente, comparando, clarificando o âmago dessas relações, que o mercado restabelece suas leis próprias? De outra feita, repare que a publicidade faz amplo uso de recursos retóricos. Um *tropo* é um erro de denominação consciente e deliberado, uma espécie de mentira que se quer reconhecer como tal. Entre os *tropos*, a publicidade vale-se constantemente da metáfora. Porém o pensamento também é metafórico e se faz via comparação, disse LAKOFF. Metáfora e comparação, dessa forma, estão enredadas: esta mostra o operatório implícito daquela. Toda mensagem publicitária que contenha metáforas, levará consigo a comparação. E, ademais, toda e qualquer mensagem publicitária também incita a comparação. “Mensagem”, aliás, em sentido amplo: como de televisores de marcas diferentes postados lado a lado em um *magazine*. Pertencente, portanto, às gêneses cognitiva e publicitária, a seus núcleos, a comparação (por si só) não pode ser condenada e tampouco poderá ser separada (§ 6.1.4).

³⁷³ De fato, “relações jurídicas, tais como formas de Estado, não podem ser compreendidas nem a partir de si mesmas, nem a partir do assim chamado desenvolvimento geral do espírito humano, mas pelo contrário, elas se enraízam nas relações materiais de vida” (MARX, 1978, p. 129).

³⁷⁴ Veja o tópico “construção identitária” em § 6.1.4.

§ 11.2 A partilha

No decurso foi possível notar as inter-relações e implicações do Direito do consumidor no Direito concorrencial (e vice-versa). A discussão, portanto, não estaria limitada ao abuso do poder econômico. MELEDO-BRIÀND (2000, p. 39-59), por exemplo, levando em consideração o direito comunitário europeu, conclui que através da noção de consumidor o legislador promove uma espécie de balanceamento econômico. O consumidor, então, seria destinatário direto das normas de proteção à concorrência sempre que puder caracterizar que é diretamente através dele que a concorrência desleal está se praticando (§ 3.3.7). Por outro lado, talvez uma interpretação extensiva do artigo 29 do Código de Defesa do Consumidor possa promover a entrada, nesse âmbito, dos demais operadores do mercado (§ 3.2.4). Pesquisa com tais nuances poderia, também, revisitar o conceito de consumidor, seus aspectos históricos, seu comprometimento com o modo-de-produção (§ 3.2.1).

Douglas Gabriel DOMINGUES (1984, p. 119) noticia que o FTC norte-americano seria capaz, em algumas situações, de obrigar a empresa que praticar a concorrência desleal a, durante determinado período de tempo, “não efetuar publicidade nenhuma daquele produto antes anunciado de forma capciosa e mendaz”. Trata-se, então, com a medida, de “propiciar às empresas concorrentes uma compensação pelos danos causados e futuros produzidos pela publicidade desleal”. Poder-se-ia, portanto, cogitar se no âmbito da legislação pátria, seja através de ato do CADE, seja através dos instrumentos judiciais disponíveis, um grupo de concorrentes afetado pela publicidade comparativa ilícita, ou mesmo o Ministério Público ou Associações de Comércio, poderia requisitar tal medida e a mesma ser imposta. Um estudo mais profundo da matéria dirá, talvez, que, nesses casos, cede o princípio da livre iniciativa (direito a fazer publicidade) em prol do princípio da livre concorrência, ainda que por prazo certo e determinado.

Naturalmente, o último capítulo, sobre as responsabilidades e remédios jurídicos, ora somente esboçado, deve ser levado adiante. A distribuição de responsabilidades pela veiculação da mensagem publicitária ilícita continua a ser tema controverso. Além disso, o instrumento da contrapublicidade ou

“contrapropaganda” é raramente abordado pela doutrina e não deixa de ser tema palpitante.

Por fim, note-se que utilizei-me da principiologia com diversos cuidados (§ 2.2.1, letra “d”). A sugestão (provocação) encontrada em nota de rodapé em § 2.2.1, pode dar início a desenvolvimento interessante.

§ 11.3 Liberdade como lucidez

Vê-se que o título dado à pesquisa condensa os seus resultados. Mais do que persuadir informando (o que poderia envolver alguma deturpação da informação), a publicidade comparativa deve antes informar, embora conceda que mesmo disto decorre certa sugestão (§ 5.4.2.3 e § 5.4.5.1). Por outro lado, a palavra “concorrência” deduz tanto o sentido daquele que compete como daquele que converge, co-labora.

No fundo tencionei dizer que a ordem econômica constitucional será, no âmbito do que se estuda, melhor assegurada se na confluência dos princípios da livre concorrência com o da proteção ao consumidor se encontrarem não somente as alternativas e a possibilidade de escolher – mas que essa eleição possa ser lúcida.

Talvez, quem sabe, o constrangimento, se houver, não resida na escolha, mas na própria oferta, e essa lucidez possa abrigar também uma recusa a optar, já que

“cada um sabe-se, no fundo, se é que não se sente, julgado pelos seus objetos, julgado segundo os seus objetos, e cada um, no fundo, se submete a este juízo, mesmo que seja pela negação”
Baudrillard.

12 REFERÊNCIAS

1. ALONSO, Fernando Martin. *La publicidad comparativa en los tribunales argentinos*. Revista da ABPI, São Paulo, n. 78. p. 50-54, set/out 2005.
2. AGAMBEN, Giorgio. **O poder soberano e a vida nua**. *Homo sacer*. Trad. António Guerreiro. Lisboa: Editorial Presença, 1998.
3. APEL, Karl-Otto. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. MOREIRA, Luiz. **Com Habermas, Contra Habermas**: Direito, Discurso e Democracia. Trad. Cláudio Molz. São Paulo: Landy Editora, 2004.
4. ARISTÓTELES. Tópicos. **Dos argumentos sofísticos**. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
5. _____. **Ética a Nicômaco**. Poética. Trad. Leonel Vallandro e Gerd Bornheim. São Paulo: Abril Cultural, 1987.
6. _____. **Retórica**. (*Aristotle. Rhetoric*). Vol. 22. Trad J. H. Freese. Harvard University Press; William Heinemann Ltd. 1926. Disponível em <<http://perseus.uchicago.edu/hopper/text.jsp?doc=Aristot.+Rh.&fromdoc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0060>>. Acesso em 10/01/2006.
7. ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito autoral**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
8. _____, José de Oliveira. O princípio da Prestação: um novo fundamento para a concorrência desleal. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 11, n. 44, p. 20-48, out/dez 2002.
9. AVERITT, Neil W.; LANDE, Robert H. A escolha do consumidor: uma razão prática para o direito antitruste e o direito de defesa do consumidor. Trad. Lucas Farias Annes. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 45. ano 12, p. 26-49, jan/mar 2003.
10. BARBOSA, Denis Borges. **Uma introdução à propriedade industrial**. 1^a. ed. Rio de Janeiro: Lumen, 2003.
11. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia dos princípios constitucionais**. O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
12. BARROS FILHO, Clóvis de. Sobre um paradoxo no ensino da publicidade:

- deontologia x teleologia. **Revista Líbero**, São Paulo, ano VI, n. 12. p. 80-85, 2003.
13. BARROSO, Luis Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2. ed, Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
14. BAUDRILLARD, Jean. **Para uma Crítica da Economia Política do Signo**. São Paulo: Martins Fontes, 1972.
15. _____, Jean. **O sistema dos objetos**. São Paulo: Perspectiva, 1993.
16. _____, Jean. **A troca impossível**. Trad. Cristina Lacerda e Teresa Dias Caneiro da Cunha. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2002.
17. BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
18. BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcelos e. O controle jurídico da publicidade. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 9, p. 30-33, jan/mar-1994: São Paulo: 1992.
19. BITTAR, Carlos Alberto. **Teoria e Prática da Concorrência Desleal**. São Paulo: Saraiva, 1989.
20. _____, Carlos Alberto. BITTAR FILHO, Carlos Alberto. **Tutela dos direitos da personalidade e dos direitos autorais nas atividades empresariais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1993.
21. _____, Carlos Alberto. **Direito do Autor**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
22. BUCKLEY, Walter. **A sociologia e a moderna teoria dos sistemas**. 2. ed. São Paulo: Cultrix, 1996.
23. CÁDIMA, Francisco Rui. **Estratégias e discursos da publicidade**. Lisboa: Vega, 1997.
24. CALAZANS, Flávio Mário de Alcântara. **Propaganda subliminar multimídia**. São Paulo: Summus, 1992.
25. CAMELIER, Alberto. Propaganda Comparativa e a Lei de Propriedade Industrial 9.279/96. **Revista da ABPI**, São Paulo, nº 45, p. 48-49, mar/abr 2000.
26. CAMPOS, Maria Helena Rabelo. **O canto da sereia**. Uma análise do discurso publicitário. Belo Horizonte: Ed. UFMG/PROED, 1987.
27. CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do Direito**. 2. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1996.

28. CARVALHO, Ana Alexandra Seabra de. **O jogo do desejo em Claude Crébillon.** Estudo dos processos retóricos da sedução. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 2005.
29. CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Direito de informação e liberdade de expressão.** Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
30. CARVALHO, Nelly de. Publicidade. **A linguagem da sedução.** 2. ed. São Paulo: Ática, 1998.
31. CERQUEIRA, João da Gama. **Tratado da Propriedade Industrial.** Rio de Janeiro: Forense, 1956.
32. CHAUÍ, Marilena. **Carta aos alunos.** O Estrangeiro.net. Disponível em <http://www.oestrangeiro.net/index.php?option=com_content&task=view&id=76&Itemid=53>. Acesso em 21/11/2005.
33. CHICHI, Mariana. **La pubblicità comparativa. Un nuovo strumento di informazione.** Disponível em <http://www.ambientediritto.it/dottrina/Dottrina2004/pubblicità_comparativa.htm>. Acesso em 02/02/2006.
34. COCCIA, Gianpiero. **La pubblicità comparativa.** Trento, 2004, 291 f. *Tese di laurea. Giurisprudenza.* Università degli Studi di Trento, 2004.
35. COELHO, Daniele Maria Teixeira. A publicidade comparativa e seu tratamento legal. **Revista Forense**, São Paulo, v. 354, p. 128-176, 2003.
36. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial.** v. 1, 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003b.
37. COIMBRA, Rosa Lídia. **Jogos polissémicos no discurso publicitário.** In: FERREIRA, A.M. (coord.), Presenças de Régio (Actas do 8º Encontro de Estudos Portugueses), Aveiro: ALAEP, Universidade de Aveiro, p. 145-151, 2002.
38. COMPARATO, Fábio Konder. **Direito empresarial.** São Paulo: Saraiva, 1995.
39. CONDEMARIN, Mabel. MEDINA, Alejandra. **Avaliação autêntica:** um meio para melhorar as competências em linguagem e comunicação. Trad. Fátima Murad. Porto Alegre: Artmed, 2005.
40. CRETELLA JR, J. **Livre iniciativa e direito concorrencial.** In: COSTA, Marcos et all (coord). Direito Concorrencial. Aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.

41. CUÉLLAR, Leila. **Estudos de direito econômico.** Belo Horizonte: Fórum, 2004.
42. DELEUZE, Gilles. **Foucault.** São Paulo: Brasiliense, 1998.
43. _____, Gilles; GUATTARI, F. **Mil platôs:** Capitalismo e esquizofrenia. Vol. I São Paulo: Ed. 34, 2002.
44. DERRIDA, Jacques. **Gramatologia.** São Paulo: EDUSP, 1973.
45. DI BLASI, Gabriel. **A propriedade industrial:** os sistemas de marcas, patentes e desenhos industriais analisados a partir da Lei n. 9279, de 14 de maio de 1996. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
46. DOMINGUES, Douglas Gabriel. Publicidade e Propaganda das Marcas e Retificação Publicitária. **Revista Forense**, São Paulo, v. 285, p. 109-31, 1984.
47. DURANDIN, Guy. **As mentiras na propaganda e na publicidade.** Trad. Antonio Carlos Bastos de Mattos. São Paulo: JSN Editora, 1997.
48. DUVAL, Hermano. **Concorrência desleal.** São Paulo: Saraiva, 1976.
49. FACHIN, Luiz Edson. **Estatuto jurídico do patrimônio mínimo.** Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
50. FARIA, José Eduardo. CAMPILONGO, Celso Fernandes. **A sociologia jurídica no Brasil.** Porto Alegre: Sérgio A. Fabris Editor, 1991.
51. FEDERAL TRADE COMMISSION - F.T.C., Washington. **Statement of policy regarding comparative advertising.** Disponível em <<http://www.ftc.gov/bcp/policystmt/ad-compare.htm>>. Acesso em 20/02/2006.
52. FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade abusiva – incitação à violência.** São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
53. FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da comunicação social.** São Paulo: RT, 2004.
54. FILOMENO, José Geraldo Brito. **Manual de Direitos do Consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1991.
55. FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder.** 8. ed. Rio de Janeiro: Graal, 1979.
56. FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do Direito.** São Paulo: Malheiros, 1995.
57. GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e Método.** Traços fundamentais de

- uma hermenêutica filosófica. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 1997.
58. GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 143, p. 191-206, jul/set 1999.
59. GEBRAN, Philomena (coord). **Conceito de Modo de Produção**. 2. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1978.
60. GEVAERD FILHO, Jair Lima. **Direito Societário**: teoria e prática da função. Curitiba: Gênesis, 2001.
61. GIACOMINI FILHO. **Consumidor versus propaganda**. São Paulo: Summus, 1991.
62. GOMES, Neusa Demartini. **Publicidade**: comunicação persuasiva. Porto Alegre: Sulina, 2003.
63. GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**: interpretação e critica. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
64. GUIMARÃES, Paulo Jorge Scartezzini. **A publicidade ilícita e a responsabilidade civil das celebridades que dela participam**. São Paulo: RT, 2001.
65. HAAS, Claude Raymond. **A publicidade. Teoria, técnica e prática**. 1. v. 2. ed. Trad. Antonio Ribeiro dos Santos. Lisboa: Ed. Pórtico, s/d.
66. HARVEY, David. **Condição Pós-Moderna**: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural. Trad. Adail Ubirajara Sobral e Maria Stela Gonçalves, 4 ed. São Paulo: Loyola, 1994.
67. JACOBINA, Paulo Vasconcelos. **A publicidade no direito do consumidor**. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
68. KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
69. KLEIN, Vinicius. **Os fins do direito concorrencial e a ordem econômica constitucional**. Curitiba, 2004, 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito). Departamento de Ciências Jurídicas. Universidade Federal do Paraná.
70. LAKOFF, George. JOHNSON, Mark. **Metáforas da vida cotidiana**. Trad. Vera Maluf e outros. Campinas: Mercado de Letras; São Paulo: EDUC, 2002.
71. LANGE, Talvani. **O humor na publicidade comparativa**. Internet.

- Disponível em <<http://www.eca.usp.br/alaic/Livro%20GTP/humor.htm>>. Acesso em 21/02/2006.
72. LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Lisboa: Fund. Calouste Gulbenkian, 1997.
73. LEAL, Rosemilo Pereira. **Teoria processual da decisão jurídica**. Ato de decisão e legitimidade decisória. Hermenêutica decisional na Teoria Discursiva. Legitimidade decisória e devido processo constitucional. São Paulo: Ed. Landy, 2002.
74. LEITÃO, Adelaide Menezes. **Publicidade comparativa e concorrência desleal**. Disponível em <<http://www.apdi.pt/APDI/DOUTRINA/Publicidade%20comparativa%20vers%C3%A3o%20corrigida.pdf>>. Acesso em 02/05/2005.
75. LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. O enriquecimento sem causa no novo Código Civil Brasileiro. **Revista CEJ (Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal)**, Brasília, n. 25, p. 24-33, abr/jun 2004.
76. LEITE, Eduardo de Oliveira. **A monografia jurídica**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
77. LEONARDOS, Gustavo. A perspectiva dos usuários dos serviços do INPI em relação ao registro de marcas sob a Lei 9.279/96. **Revista da Associação Brasileira da Propriedade Intelectual – ABPI**. Anais do XVII Seminário Nacional de Propriedade Intelectual, Rio de Janeiro, 1997.
78. LOBO, Paulo Luiz Neto. **A informação como direito fundamental do consumidor**. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2216>>. Acesso em 21/02/2006.
79. MARAN, Mara S. O. Silva. **Publicidade & proteção do consumidor no âmbito do Mercosul**. Curitiba: Juruá, 2003.
80. MARANHÃO, Jorge. **A arte da publicidade**: estética, crítica e *kitsch*. Campinas: Papirus, 1988.
81. MARCUS-STEIFF, Joachim et all. **Os mitos da publicidade**. Trad. Hilton Ferreira Japiassú. Petrópolis: Vozes, 1974.
82. MARQUES, Cláudia Lima. Regulamento comum de defesa do consumidor: primeiras observações sobre o Mercosul como legislador da proteção do consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**, São Paulo, v. 23-24, p.

- 79-103, jul/dez 1997.
83. _____, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor.** O novo regime das relações contratuais. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
 84. MARTINEZ, Sérgio Rodrigo. **Publicidade de consumo & propedêutica do controle.** Curitiba: Juruá, 2001.
 85. MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Direito à concorrência.** In: COSTA, Marcos et all (coord). Direito Concorrencial. Aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2003.
 86. MARTINS-COSTA, Judith. **A boa fé no direito privado:** sistema e tópica no processo obrigacional. 1 ed. 2 tir. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
 87. MARX, Karl. **Manuscritos econômico-filosóficos e outros textos escolhidos.** Trad. José Carlos Bruni et al. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1978.
 88. MARSHALL, Leandro da Rosa. **Mutação do jornalismo: a estética da mercadoria.** Tese (Mestrado em Comunicação Social). Universidade Metodista de São Paulo – UMESP, 2000.
 89. MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do Direito.** 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
 90. MEDRANO, Gabriel Alejandro Martinez. *El uso de una marca ajena en publicidad comparativa.* Argentina, Mercosur y derecho comparado. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 62. p. 56-64, jan/fev 2003.
 91. MELEDO-BRIAND, Danièle. A consideração dos interesses do consumidor e o direito da concorrência. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 35, p. 39-59, jul/set de 2000.
 92. MONIZ, Pedro de Paranaguá. *The development agenda for WIPO [World Intellectual Property Organization]: another stillbirth? A battle between access to knowledge and enclosure.* Dissertação de Mestrado, Julho de 2005. (*Master degree in Law (LLM), in Intellectual Property, at Queen Mary & Westfield College, University of London*). Disponível no site do SSRN (Social Science Research Network) em <<http://ssrn.com/abstract=844366>>. Acesso em 06/2006.
 93. MÜLLER, Friedrich. **Direito, linguagem, violência.** Elementos de uma

- teoria constitucional, I. (*Rech – Sprache – Gewalt. Elemente einer Verfassungstheorie I*). Trad. Peter Naumann. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1995.
94. _____, Friedrich. ***Discours de la méthode juridique. (Juristische Methodik)***. Paris : Presses Universitaires de France,1996.
 95. NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Publicidade Comercial - Proteção e limites na Constituição de 1988**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
 96. OLAVO, Carlos. **Propriedade industrial**. Sinais distintivos do comércio. Concorrência desleal. Coimbra: Livraria Almedina, 1997.
 97. OLIVEIRA, Manfredo Araújo de. **Reviravolta Lingüístico-pragmática na filosofia contemporânea**. São Paulo: Ed. Loyola,1996.
 98. OPSI - ***Office of Public Sector Information***. Disponível em <<http://www.opsi.gov.uk/>>. Acesso em 20/02/2006.
 99. PASQUALOTTO, Adalberto. **Os efeitos obrigacionais da publicidade no código de defesa do consumidor**. São Paulo: RT, 1997.
 100. PEREIRA, Marco Antonio Marcondes. **Concorrência desleal por meio da publicidade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
 101. PERELMAN, Chaïm. TYTECA-OLBRECHTS, Lucie. **Tratado da argumentação**. A nova retórica. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes,1996.
 102. PERISSÉ, Gabriel. O conceito de plágio criativo. **Revista Técnica FIPEP – Instituto Paulista de Ensino e Pesquisa**, São Paulo, vol. 3, n. ½, , p. 73/88, jan/dez/2003.
 103. PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil**. Introdução ao Direito Civil Constitucional. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
 104. PLAZA, Anxo Tato. ***El derecho de la publicidad: evolución y estado actual***. Disponível em <<http://www.autocontrol.es/bbddaap/otro/2005/curs9999.pdf>>. Acesso em 18/02/2006.
 105. POSSAS, Mário Luiz. **Dinâmica e concorrência capitalista**: uma interpretação a partir de Marx. São Paulo: Hucitec/UNICAMP, 1989.
 106. RIBEIRO, Júlio, et al. **Tudo que você queria saber sobre propaganda mas ninguém teve paciência para explicar**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1989.
 107. RICHERS, Raimar. **O que é marketing?** 2. ed. São Paulo: Brasiliense,

- 1981.
108. RICOEUR, Paul. **Interpretação e ideologias.** 4. ed. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1990.
109. _____, Paul. **A metáfora viva.** Trad. Dion Davi Macedo. São Paulo: Ed. Loyola, 2000.
110. RODRIGUES, Sofia Nascimento. Publicidade relativa a valores mobiliários. **Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários**, n. 11, 2001. Porto: CMVM - Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, 2001. Disponível em <<http://www.cmvm.pt/publicacoes/cadernos/>>. Acesso em 28/11/2005
111. ROSA, Dirceu Pereira de Santa. Registro de publicidade. Novo procedimento protege uso de expressões em propaganda. **Revista Consultor Jurídico**, 7/03/2004. Versão online <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/205,1>>. Acesso em 01/12/2006.
112. SALOMÃO, Heloisa Estellita. **Direito Penal Empresarial.** São Paulo: dialética, 2001.
113. SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial. As estruturas.** 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.
114. _____, Calixto. **Direito concorrencial. As condutas.** São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
115. SAMPAIO, Rafael. **Propaganda de A a Z:** como usar a propaganda para construir marcas e empresas de sucesso. Rio de Janeiro: Campus, 1997.
116. SANT'ANNA, Armando. **Propaganda: teoria, técnica e prática.** 2. ed. São Paulo: Pioneira, 1977.
117. SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente.** Contra o desperdício da experiência. São Paulo, Cortez, 2001.
118. SANTOS, Fernando Gherardini. **Direito do marketing:** uma abordagem jurídica do marketing empresarial. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.
119. SARLET, Ingo Wolfgang **A eficácia dos direitos fundamentais.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
120. SCHMIDT, Lélio Denícoli. A publicidade comparativa à luz da Lei de Propriedade Industrial. **Revista da ABPI**, São Paulo, n. 52. p. 3-17, mai/jun 2001.
121. _____, Lélio Denícoli. O direito de marcas e a publicidade comparativa.

- Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 91, n. 797, p. 140-160, mar/2002. São Paulo.
122. SCHOPENHAUER, Arthur. **Como vencer um debate sem precisar ter razão em 38 estratagemas** (Dialética Erística). Trad. Daniela Caldas e Olavo de Carvalho. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.
123. SCHULZE, Reiner; SCHULTE-NÖLKE, Hans (coords.) **Analisys of National Fairness Laws Aimed at Protecting Consumers in Relation to Commercial Practices**. Disponível em <http://www.eu.int/comm/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_practice/green_pap_comm/studies/unfair_practices_en.pdf>. Acesso em 19/02/2006.
124. SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo, Socialismo e Democracia**. Rio de Janeiro: Fundo de Cultura, s/d.
125. SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.
126. _____, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.
127. SIQUEIRA, Ricardo Lagreca. DAL BIANCO, Dânae. A publicidade comparativa no Brasil e no Direito Comparado. **Revista do Direito do Consumidor**, São Paulo, n. 28, p. 111/128, out/dez 1998.
128. SOARES, José Carlos Tinoco. **Comentários à lei de patentes, marcas e direitos conexos: lei 9279 – 14.05.1996**. São Paulo: RT, 1997.
129. SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Estudos de Direito Econômico**. Belo Horizonte: UFMG, 1996.
130. STEGMÜLLER, Wolfgang. **A Filosofia Contemporânea**. São Paulo: EDUSP, 1977.
131. SWEEZY, Paul M. **Teoria do Desenvolvimento Capitalista**. 4. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1976.
132. TICONA, Jaime Mamani. **Avaliação de impacto econômico decorrente do processo de certificação de produtos**. Rio de Janeiro, 2003, 145 f. Dissertação (Mestrado em Metrologia). Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-RJ).
133. TOSCANI, Oliviero. **A publicidade é um cadáver que nos sorri**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2000.

134. TURA, Marco Antonio Ribeiro. **O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema.** Disponível em: <[http://www.tura.adv.br/O lugar dos princípios em uma concepção do direito como sistema.PDF](http://www.tura.adv.br/O%20lugar%20dos%20princ%C3%ADpios%20em%20uma%20concep%C3%A7%C3%A3o%20do%20direito%20como%20sistema.PDF)>. Acesso em 01/05/2005.
135. VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência.** 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
136. VIEHWEG, Theodor. **Tópica e jurisprudência.** Trad. Tércio Sampaio Ferraz Jr. Brasília: Depto. de Imprensa Nacional, 1979.
137. WILHELM, Pascal. DUBARRY, Marie. **Publicité comparative – le nouveau cadre juridique.** Disponível em <http://www.p-wilhelm.com/?p_idref=27>. Acesso em 01/12/2006.
138. WITTGENSTEIN, Ludwig. **Investigações filosóficas.** Trad.: José Carlos Bruni. 3. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1984.
139. WONNACOTT, Paul. **Economia.** Trad. Yeda Rorato Crusius et all. São Paulo: McGraw-Hill, 1982.